DISSERTATIO IURIDICA INAUGURALIS DE LIBELLIS ALTERNATIUIS QUAM ... PRAESIDE DOMINO...

Justus Henning Böhmer, Valenti Gonzaga

Digitized by Google

Digitized by Google

DISSERTATIO INAVGVRALIS
IVRIDICA

DE

IBELLIS ALTERNATIVIS

CAPVT I.

Examen doctrinae vulgaris, de ineptitudine libelli alternatiui.

Nimiae ſubtilitates circa libellum euitandae.

QVemadmodum tumultuarius proceſſus curſum iuſtitiae peruertit, ſtatum controuerſiae inuertit, & litigantes a vero tramite auertit; ita nimia circa ordinem iudiciarium ſubtilitas, &, *ſub praetextu iuris*, excogitata ἀκρίβεια lites ex lite gignit, & vltra vitam hominis protrahit, quas tamen abbreuiari,). intereſt. Nolo hic catalogum huiusmodi ſubtilium obſerionum enumerare, id quod ratio inſtituti non patitur, ſed pro:o tantum ad *defectus* in foro frequentisſimos, qui *libellis* obiintur, vnde ſaepe accidit, vt, cauſa iam pleniſſime inſtructa, nuncietur: daß die Klage, immaſſen ſie angebracht, nicht ſtatt et, cum tamen commoda interpretatione plerique defectus i, & ſecundum normam iuris petita libellorum accipi & inigi queant. Aiunt quidem, *ineptum libellum ex officio a iudice*

 reii-

reiiciendum, & dentibus dilacerandum eſſe; ſed hoc vel readhuc integra, antequam partes in ipſa cauſſa eiusque meritis nimium proceſſerint, vel tunc ſaltim fieri debebat, ſi nulla commoda interpretatione ſaluari, nec ad regulas iuris aptari vllo modo poſſit. Nota eſt communis doctrina: *Libellum alternatiuum eſſe incertum, adeoque reiiciendum*, & tamen, vt plurimum, vel regulis bonae interpretationis iuuari, vel etiam iure permittente, alternatiua petitio fieri poteſt, & inde eſt, quod Doctores fere plures exceptiones hic conglomerent, quam exempla ſub regula adduci queant. Quoniam itaque rei iudiciariae multum intereſt, vt, quid veritatis huic doctrinae inſit, euoluatur, non inutilem me ſuſcepturum laborem credidi, ſi dogmata vulgata *de alternatiuis libellis* praeſenti inaugurali diſſertatione excuterem, & quatenus admitti illa poſſint, enuclearem, quod ea, qua poteſt fieri, dexteritate & perſpicuitate expediam.

Nec ſtatim reiiciendus libellus alternatiuus.

Forma edendi actiones apud Romanos varia

§. II. Varius olim fuit modus *edendi actionem*, in iudicio inſtituendam, vti ex *l. 1. D. de edendo* conſtat: neque enim vbique libello, vti quidem hodie, opus fuit. Vel enim actor in libello ſeu ſcriptura complecti ſuam intentionem, & alteri eundem dare vel dictare, vel deſcribendi copiam facere, vel etiam aduerſarium ſuum ad album producere & demonſtrare poterat, quod dictaturus eſt, vel id dicere, quo vti velit. Erant enim formulae, ad quas priuatae lites accommodandae, compoſitae & in albo publice propoſitae, ex quibus de genere actionis mox aduerſario conſtabat, cum ad album formularum deducerentur. Collineat huc CICERO *Orat. pro Q. Roſcio*, aiens: *Sunt iura, ſunt formulae de omnibus rebus conſtitutae, ne quis aut in genere iniuriae, aut ratione actionis errare poſſit. Expreſſae ſunt enim ex vniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publice a Praetore formulae, ad quas priuata lis accommodatur.* Vnde, qui producendo aduerſarium *ad album* demonſtrabat, qua formula ſit vſurus, ille EDERE actionem dicebatur. Quemadmodum vero hae formulae ideo inuentae ſunt, teſte POMPONIO *in L. 2. §. 6. D. de O. J. vt his inter ſe homines diſceptarent, nec actiones, prout vellent, inſtituerent*, ita admodum probabile eſt, actores, qui in libello complexi ſunt ſuam intentionem,

inprimis per formulas,

ionem, non quibuscunque ſed ſolennibus verbis & praeſcri-
otis vti debuiſſe, quia, ſecundum CICERONIS affirmationem,
auſſa cadebat is, qui non, *quemadmodum oportebat*, egerat, h.
. formula liti accommodata non vſus fuerat. Inde veterum
nxiae ſubtilitates, an haec vel illa actio, ſeu formula, in caſu con-
rouerſo locum ſibi vindicaret, vel non? Inde *vtiles actiones* ex-
ogitatae, *l. 47. D. de Negot. geſt.* prout compilatio iuris noſtri
aſſim docet. vid. IAN. VINCENT. GRAVINA *de ortu &*
rogreſſ. Iur. Ciuil. p. m. 79. & quid eſt, quod CICERO *Lib.* I. *de*
rator. Iure Conſultos vocet, *praecones actionum*, *cantores*
rmularum, *aucupes ſyllabarum*, niſi vt oſtenderet, adeo formu-
s praeſcriptis actores vti debuiſſe, vt, ſi vel in ſyllaba errarent,
uſſa caderent, quam praxin *Orat. pro Muraena*, *fraudis & ſtul-*
iae pleniſſimam fatetur, additque: *cum permulta pulchre legi-*
is eſſent conſtituta, *ea ICtorum ingeniis pleraque corrupta ac de-*
auata ſunt, id quod rurſus ad ſubtilitates in proponendis &
rſequendis actionibus applicat.

in libellis adhibendas.

§. III, Caeterum *libellus* vel aduerſario dabatur, eiusque
ſcribendi copia ei praebebatur, vel Principi Praeſidibusque of-
rebatur, quo deſideria, poſtulata & preces offerentis conti-
ebantur: dicebatur enim libellus, quia in pagellas & parui li-
i formam complicabatur, SAMVEL PITISCVS *in lexico*
om. Antiquit. voc. libellus p. 76. Prius pertinebat ad editio-
em actionis, ſolemnibusque verbis conſtare debebat: poſte-
us ſolennitatem iuris haud deſiderabat, quod vel libellus in *L.*
D. Ad. L. Rhod. de iactu docet, locumque habebat, quando,
uerſario nullo in ius vocato, a Principe, vel aliis magiſtrati-
is, poſtulabatur, vt vel ſubnotatione, vel ſubſcriptione, vel
ſcripto, aliquid decernerent, *l. 29. D. ad L. Cornel. de falſ.* Ait
AVLVS in *L. 15. D. de in ius vocat*: *Neque enim, qui libellum vel*
rincipi vel Praeſidi dat, in ius vocare Patronum videtur. Proin-
quoties cauſſae cognitio poſtulabatur, quoties altera pars au-
enda & ſic decretum interponendum erat, id *per libellum ex-*
diri non poterat. Rurſus VLPIANVS in *l. 9. §. 1. D. de offi-*
proconſ. id confirmat, & ait: *Vbi decretum neceſſarium eſt, per*
ellum id expedire Proconſul non poterit: omnia enim, quaecunque

Libelli Principi vel magiſtratui oblati ſimplices videntur fuiſſe

 cauſſae

cauſſae cognitionem deſiderant, *per libellum non poſſunt expediri*, conf. *l.* 71. *l.* 103. *D. de R. I. l.* 6. *C. de praediis & al. reb. minor.* GERHARD NOODT *de Jurisdict. &* Imperio *cap.* 10. Sic e. g. cum excuſatio tutorum cauſae cognitionem deſiderabat, tutor ſe per libellos excuſare non poterat *L.* 25. *D. de excuſat.* ſed cauſa haec ad *diem cognitionum* differebatur, licet libellos dare poſſet ad interrumpendam praeſcriptionem *L.* 13. §. 10. *eod.* Plenius de hac re agunt IAC. GVTHERIVS *de offic. dom. auguſt. Lib.* III. *c.* 5. BVDAEVS *ad L.* 9. §. 1. *de offic. Proconſ.* IAC. RAEVARDVS *in protribunal. c.* 8. SAM. PITISCVS *cit. loc.* BARNAB. BRISSON. *de ſolenn. pop. Rom. verb. Lib.* III. *p.* 292. GRAVINA *in origin. iur. ciuil. p.* 146. Hoc caſu itaque libellus continebat *preces & deſideria ſcriptis explicata eorum, qui Principes vel Magiſtratus maiores implorabant*, ad quos libellos reſcripta dabantur. Neque itaque olim ab eo, qui contra aliquem agebat, praeciſe libellus deſiderabatur, ſed hoc arbitrarium illi erat, quamuis, ſi intentionem ſuam in libello exponebat, hunc *non Praetori*, ſed *aduerſario* edebat. Breuibus, *editio actionis* neceſſaria erat, *quae futurae litis ſpeciem demonſtraret*, vt dicitur in *l.* 3. *C. de edend*, vel ſpeciem actionis oſtenderet, vt aiunt Imperatores in *L. vn. C. de lit. conteſt.*

Hinc diſputatum eſt circa libelli aptitudinem.

§. IV. Sicuti vero ad has formulas *priuatae lites* accommodabantur, ita ex eodem fonte *de aptitudine libellorum* quandoque diſputari ſolebat. Teſtis iterum eſt CICERO *in Partit. c.* 28. *&, atque etiam*, ait, *ante iudicium* (h. e. ante litem conteſtatam, per quam ordinabatur iudicium) *de conſtituendo ipſo iudicio* (ſeu ſpecie futurae litis & contentionis) *ſolet eſſe contentio, cum aut, ſitne actio illi, qui agit, aut, iamne ſit? aut num iam eſſe deſierit? aut*, ILLANE LEGE? HISCE VERBIS *ſit actio quaeritur.* Saepe ergo ante litis conteſtationem diſceptabatur, *ſitne* HIS VERBIS *actio?* quod de formula praeſcripta intelligendum, quae ad vnguem tenenda erat. Pergit vero Idem: *Quae etiamſi, antequam res in iudicium venit, aut concertata, aut diiudicata, aut confecta non ſunt, tamen in ipſis iudiciis permagnum ſaepe habent pondus, cum ita dicitur* (hoc eſt, cum reus excipit) *plus petiiſti; ſero petiiſti; non a me; non hac lege*, NON HIS VERBIS, *non hoc iudicio.*

Reuera

euera itaque olim exceptio: *Non his verbis agendum eſt in hac* *uſa*, videbatur illam exprimere exceptionem, quae hodie icitur *inepti libelli*: quamuis enim noſtrae lites non praeciſe ad ertas formulas & carmina ſint componendae, adeoque, poſtuam deſiit formularum conceptio, ſubtilitates eiusmodi miſeie debebant eſſe ſuperuacuae; *l. 47. in fin. D. de negot. geſt.* ſaeiſſime tamen de ipſis formulis aeque ſubtiliter hodie diſceptaır atque concertatur, ac quidem olim, cuius rei plura ſuppedibit exempla noſtra diſſertatio.

Non tamen formulae alternatiuae a Romanis reprobatae.

§. V. Quae cum ita ſint, paucis quoad praeſens thema ıquirendum erit, an *formulae alternatiuae* iure antiquo pror:s fuerint reprobatae, ita, vt iis haud agi licuerit, ſed agentibus oiicienda fuerit exceptio: *Non his verbis agendum eſſe* ? Id eım ſi planum erit, ſententia communis de *ineptitudine libelli* '*ternatiui* tutius retineri, faciliusue euolui & explicari poterit. uo praemitto: (1) formulas ex verbis legum fuiſſe compoſitas *2. §. 6. D. de O. J.* & (2) priuatas lites ad formulas fuiſſe accomodatas, quod ſupra ex CICERONE probatum dedimus. Inde fero: Si legis diſpoſitio alternatiua erat, formulam quoque : lege alternatiue concipiendam fuiſſe *L. 39. pr. D. de noxal. act. 6. §. 1. D. de re iudic. L. 27. §. 2. ad L. Aquil. L. 7. inf. de damn. inct. L. 1. pr. de vi & vi arm. L. 1. §. 1. de inſpic. ventr. L. 7. pr. de regioſ. L. 20. §. 9. de N. O. nunciat. L. 2. §. 1. de aqu. pluu. arc. L. 2. §. eod. L. 2. de negot. geſt. L. f. C. Si vnus ex plur. hered. L. 1. §. 2. legat. ſeruand. L. 2. vt in poſſeſſ. legat., L. 16. de adminiſtr. & ric. tut.* Deinde, ſi obligatio, ex qua agi debebat, alternatiua at, veluti, ſi Titius promiſerat, aedes aut mille ſe daturum eſ-, pariter formula alternatiua vtendum, v. gr. *aio Te mihi aut 'des, aut mille dare oportere*, adeo, vt, ſi alterutrum tantum pe:um fuiſſet, actor exceptione *plus petitionis* repelleretur. *Qua 'cauſſa*, ait Imperator §. 33. *I. de action. talis in ea re prodita eſt tio* (h. e. agendi formula) *vt quis intendat, hominem Stichum ıt aureos decem ſibi dari oportere.* Denique etiam formula alrnatiua admitti poterat in editione actionis, quotiens incertum at, quae potius actio teneret? *Nam*, dicit *VLPIANVS* in *l. 1. 4. D. quod legator.* *Duas dictamus* (hoc eſt: edimus, alternatiue

ternatiue tamen) *proteſtati ex altera nos velle conſequi, quod nos contingit.* Adeo enim accurate formula idonea eligenda erat, vt iacturae cauſae periculum immineret, ſi in ea erratum eſſet, teſte *QVINTILIANO Declam. 350. Non ignoro,* dicente, *frequentem eſſe huiusmodi, in iudiciis minoribus duntaxat, contentionem, vt petitor excidiſſe formula, & aliter, quam potuerit, agere dicatur.*

Quandoque tamen alternatio vidiabat libellum.

§. VII. Caeterum, ſi nec natura negotii nec diſpoſitio legis *formulam alternatiuam* admitteret, merito reiicienda erit, maxime, ſi in ipſius *facti narrationem* incertitudinem induceret; neque enim, qui narrat, illud, aut hoc accidiſſe, certi quid profert, ſed potius aut ignoranter, aut dubie loquitur. Proinde Praetor edixit in actione iniuriarum: qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriae factum ſit *l. 7. pr. de iniur.* Explicat verba Edicti *LABEONI* conſentiens *VLPIANVS d. l. 7. §. 4. Quod autem Praetor ait: quid iniuriae factum ſit, certum dicat, quemadmodum accipiendum ſit?* reſponderit Iure Conſulti: *certum eum dicere, qui dicat nomen iniuriae, neque ſub alternatione, puta illud, aut illud, ſed illam iniuriam ſe paſſum.* Plenius eandem rem expoſuit *PAVLVS* libro ſingulari, ſub tit. *quemadmodum iniur. agatur*, vnde fragmentorum Pithoeanorum collector, & ex eo *BARNABAS BRISSON. de ſolenn. pop. Rom. verb. L. V. p. 378.* haec excerpſit: *qui iniuriae aget, certum dicat, quid iniuriae factum ſit, & taxationem ponat non minorem, quam quantivadimonium fuerit. Certum dicit, qui ſuo nomine demonſtrat iniuriam, neque ita, vt per disiunctionem, hoc aut illud accidiſſe, comprehendat, ſed vt neceſſe habeat, aut vnam nomine ſuo rem deſtinare, aut plures ita complecti, vt omnes eas accidiſſe, cogatur probare. Certum autem an incertum dicat, cognitio ipſius Praetoris eſt. Demonſtrat autem hoc loco Praetor non vocem agentis, ſed qualem formulam edat. Certum non dicit, qui dicit ſe pulſatum, ſi ſit verberatus: ſed & partem corporis demonſtrat, & quem in modum pugno puta, an fuſte, an lapide: ſicut formula poſita eſt: quod Auli Agerii pugno mala percuſſa eſt. Illud non cogitur dicere, dextra an ſiniſtra, nec qua manu percusſit. Ita ſi dicat, infamatum ſe eſſe, debet adiicere, quemadmodum infamatus ſit. Sic enim & formula concepta eſt: quod Numerius Nigidius illam immiſit Aulo Agerio infamandi cauſſa.*

Iure nouiori formularum ſolennium vſus antiquatus quidem.

§. VII. Atque haec quidem obtinebant de iure antiquo, quo *nceptio formularum* vſitata, neceſſariumque erat, certa ac ſolennia :rba, non vulgaria, in edenda actione adhibere. Sed *formulis 'is, aucupatione ſyllabarum inſidiantibus, cunctorum actibus ıdicitus amputatis*, vti ait *l. 1. C. de formul. & impetr. ſublatis*, ıe id per CONSTANTINVM ſiue per CONSTANTIVM, ſiue, ıod non ſine ratione tuetur IACOB. GOTHOFRED. *ad l. un. C. heodoſ. de omiſſa act. impetr.* per THEODOSIVM iuniorem fa- ım ſit, vid. illuſtr. THOMASIVS *in Naeuis Iurispr. ante Iuſtin. b. 2. c. 2. p. 65.* liberior ſolutiorque facta eſt praxis, vt, quod ra- ı iuris ſuggerit, petere, & deſideria ſua in libello quibusuis verbis mplecti poſſint actores, add. *auth. offeratur C. de Lit. Conteſt.* :que itaque amplius circa formulas digladiandum, aut actor cogen- s eſt, vt in verba alterius, forſan elegantius, accuratius, aut ſub- us compoſita, iuret, modo nihil a iuris ratione alienum petierit, adeo nec petitum in libello alternatiue formatum, ſtatim & ſim- citer reiiciendum videatur, licet cum formulis antiquis non adeo nueniat.

Aſt Germanica praxis circa eas ſcrupuloſior Romana exiſtit.

§. IIX. Verum, quod mireris, hodie in Germania, quae aequi- ːm nullo non tempore magis, quam ſcrupuloſas iuris Quiritum tri- ſectata, pragmatici ſubtiliores eſſe videntur ipſis conditoribus for- larum antiquis, quod vel ex digladiationibus, quae circa *formu- · libellorum alternatiuorum* mouentur, adparet. Romani, vti ra euictum, formulas alternatiuas nec damnabant, nec in diſiun- ɔne vitioſi ac inepti quid latitare arbitrati ſunt vnquam. At noſtri *'ulariter* aiunt, *libellum alternatiuum, vt ineptum eſſe reii- ndum*, &, ne ſine ratione loqui quid videantur, addunt, alterna- ıem inducere *incertitudinem & obſcuritatem*, haec autem duo ɛime vitiare libellum. Ita docent cenſentque CARPZOV. *P. 1. C. ief. 7. & de Proceſſ. tit. 6. art. 1. n. 4.* VMMIVS *de Proceſſ. diſp.* ı. 71. NICOLAI *Prac. Iudic. c. 9. n. 22.* BERLICH. *P. 1. concl. n. 13. ſeqq.* MARTINI *ad Proc. Sax. tit. 5. n. 87.* BLAS. AL- MARVS *de Nullit. ſentent. qu. 311. n. 147.* GAIL. *1. Obſ. 62. n. 1.* AEVEN *ad Gail. cit. loc.* DOERING. *in Bibliotheca Iur. Conſ. . alternatiua n. 207.* & infinitum foret, omnes huius ſententiae rtores velle recenſere; adeo enim communi quaſi conſenſu recepta

Regula communis de libellis alternatiuis non admittendis.

 eſt,

eſt, vt hactenus de ea nemo dubitare auſus fuerit. Proinde, ſi quis alternatiue petit, mox parata eſt exceptio inepti libelli, de qua vna per plures inſtantias ſaepe contenditur. Sic e. gr. actionem hypothecariam contra tertium poſſeſſorem motam & alternatiue conceptam, reiiciunt tanquam ineptam, imo pronunciant: Daß die Klage, immaſſen ſie anbracht, nicht ſtatt finde, vel: Würde Kläger ſeine Klage förmlicher vorbringen, und dieſelbe auf ein gewiſſes petitum richten, immaſſen ihm zu thun oblieget, ſo wäre Beklagter ſich darauf einzulaſſen ſchuldig.

Noſtra ſententia de aptitudine libelli alternatiui.

§. IX. Verum enim vero, re accuratius perpenſa, cogor à communi iſta ſententia recedere, ſalua de caetero cuiuſque auctoritate & opinione, nec enim adſtringimur communibus inhaerere ſententiis, ſi iuſtae contra eas dubitandi rationes adſunt, praeſertim ſi iſtae in tantum non cohaerere videantur, vt ex propriis ipſorum ita ſtatuentium aſſertis impugnari poſſint. Non nego abſolute, alternatiuum libellum poſſe eſſe quandoque ineptum; quin potius aſſero, eundem *quandoque* eſſe reiiciendum: Ceterum hoc nego, *regulariter* libellum alternatiuum eſſe ineptum & reiiciendum, nego alternationis ſeu diſiunctionis naturae incerti quid ineſſe aut vitioſi, nego ergo regulam iſtam communem ſolido niti fundamento. Vt itaque in compendio ſententiam meam proponam, aio, *alternationem per ſe non vitiare libellum, ſed quandoque, imo vtplurimum, libellum alternatiuum eſſe aut neceſſarium, aut tolerandum, quandoque vero eundem tanquam ineptum & incertum ex cauſis ſpecialibus eſſe reiiciendum*, id quod in ſequentibus diſtinctim erit explicandum.

Rationes diſſentiendi a doctrina communi.

(1) Negata vniuerſalitas regulae.

§. X. Vt in hanc ſententiam tranſeam, multa me mouent. Nam (I) qui regulam de ineptitudine libelli alternatiui proponunt, tot limitationes & exceptiones ſubſternunt & exempla adeo confuſe cumulant, vt fere regula ſuas vires amittere videatur. DOERINGIVS enim *cit. loc.* XXVI. caſus refert, in quibus alternationem admitti cenſet. BERLICH. *cit. loc.* eorum XVII. numerat. HVNNIVS *Encyclop. P. 2. t. 9. c. 2. n. 19. ſeq.* IX. ſiſtit, BERNARDVS GRAEVEN. *loc. alleg.* tantum VII. refert. Rurſus alii aliter ſentiunt, vt, quid ex tot limitationibus retinendum ſit, dubitetur. (II) Fundamentum huius ſententiae communiter petitur ex *l. 7. §. 4. D. de iniur.*

(2) Fundamenti in L. 7. §. 4. D. de in-

iniur. quam ſupra §. VII. recitauimus, quae tamen regulam, ita in- definite poſitam, minime confirmat. Qui enim ineptitudinem libel- is ex *alternatione* obiiciunt, primario reſpiciunt ad *concluſionem*, tamque alternatiue concipi non poſſe aiunt. Aſt vero in *cit. l.* illud antum aſſeritur, *factum* ipſum in libello, cum ſuis circumſtantiis, ta eſſe enarrandum, vt iudex certam de eo ideam ſibi formare queat, d quod tamen fieri non poſſet, ſi in *facti* circumſtantiis actor ceſpi- ct & anceps haereat, & hoc aut illud, aut aliud factum eſſe referat. Quid enim, ſi actor diceret, Bekl. habe ihn geſchimpffet, und ent- weder vor einen Ehebrecher, oder aber vor einen Dieb oder ſonſten usgeſcholten, an iudex ex hoc libello de ipſo facto certus eſſe pote- it? Et ſi factum certum proponi iudici nequit, quomodo is ferre po- erit ſententiam? Pone Gaium in libello aſſerere, Seius wäre ihme 000. Thl. ſchuldig, die er entweder ihme geſchencket, oder von hm erborget, oder doch ſonſt noch reſtire, euidens eſt, prorſus *in- certum* quid enarrari, nec conſtare de *ſpecie futurae litis*. Vnde iſtinguendum potius eſt inter alternationem, quae *factum* in libello ropoſitum concernit, & quae *concluſionem* vel *petitum* libelli tan- it. Priori caſu ſi alternatio dubitationem & incertitudinem actoris irca cauſam in litem deductam inuoluit, merito reiiciendus libellus, t *incertus* & ineptus, & hoc eſt, quod ex *d. l. 7.* tantum euinci- ır: ſi vero factum ita ſit comparatum, vt circumſtantiae ipſae al- ernationem quandam contineant, non aliter vtique factum enarrari oteſt, quam quatenus geſtum eſt, nec libellus ex hac alternatione lo laborat vitio, veluti qui alicui obiecit animo iniuriandi, er wäre n Ehebrecher, oder zum wenigſten ein Huren-Wirth, Titius wä- aus einer Blutſchande gezeuget, oder doch ein Huren-Kind. ae & ſimiles alternationes facti circumſtantias, prout geſtae ſunt, oncernunt, adeoque non aliter referri potuere aut debuere. Poſte- ori vero modo, cum concluſio ſeu petitum alternatiuum eſt, non mper inde oritur *incertitudo* talis, quae libellum ineptum faciat, ım nihil impediat, quo minus ex *facto* quodam *certo* plura peti poſ- ıt, quorum tamen alterutrum duntaxat ex electione rei praeſtan- ım ſit, cui leges illam indulſere. (III) Nullibi in iure alternatiua *titio* aut *concluſio*, tanquam *regula*, eſt reprobata, quin potius ſu- a oſtenſum cuiuſcumque, etiam formulas plures *alternatiuas* olim

iur. quaeſiti inſufficientia.

(3) Defectus alterius fundamenti aptioris.

 in foro

in foro fuiſſe admiſſas, vtut verbis ad ſcrupuloſitatem & ſuperſtitionem vsque ſolennibus agendum eſſet. Neque vero haec exempla ad *exceptiones a regula* referenda eſſe, allegari poterit, cum de *regula* in contrarium, alternatiuam formulam damnante, hactenus nequaquam conſtet. Vnica & primaria olim haec ICtorum obſeruatio erat, formulas actionum ex legibus formandas & priuatis litibus accommodandas eſſe: prout ergo diſpoſitio legis, prout ratio litis priuatae comparata, ita quoque formula concipienda erat. Iam vero legislatoris arbitrio ſubiectum eſt, vel alternatiue vel ſimpliciter quid ſtatuere aut determinare; imo & eis, qui contrahunt, vel qui aliter diſponunt *inter viuos* vel *mortis cauſa*, integrum eſt, an *alternatiue*, an *ſimpliciter* & *pure* diſponere, ſtipulari vel negotium determinare velint. Sicuti ergo nullo modo aſſeri poteſt, alternatiuam diſpoſitionem in legibus, contractibus, teſtamentis, codicillis, transactionibus aliisque quibuscunque negotiis eſſe prohibitam & ineptam, ita ſimiliter generaliter dici, aut pro regula aſſumi nequit, *petitionem & concluſionem libellorum alternatiuam regulariter eſſe ineptam*, cum eadem ex legibus, contractibus, teſtamentis aliisque diſpoſitionibus & factis hominum efformanda ſit. Denique (IV) ſi dicendum, quod res eſt, hodie alternatiui libelli frequentiores ſunt, ac quidem apud Romanos, vt etiam alternationes circa *factum* ipſum & *medium concludendi*, ſuo modo admittantur, quod vel ex *cumulatione actionum* apparet, Iuri Romano incognita, hodieque ex iure canonico recepta. Vt adeoque ampliata ſit potius admiſſibilitas libelli alternatiui, quam reſtricta.

(4) Repugnantia Praxeos Germanicae.

Fundamenta firmiora contrariae ſententiae adducuntur deſumta (I) a natura obligationum alternatiuarum.

§. XI. Exploſa ergo doctrina communi, fundamenta ſolida ſubſtituenda ſunt, ad quae tota haec doctrina reuocari queat: & quidem ſex potiſſimum obſeruanda eſſe iudico. Primum eſt, *diſpoſitionis & obligationis alternatiuae* hanc eſſe naturam, vt vtrumque quidem ſit in obligatione *aeque principaliter*, at alterum diſiunctiuorum tantum in ſolutione, ſeu praeſtatione, vel, vti dicitur *in L. 128. in fin. de obl. & act. vtraque res ad obligationem ponitur, non ad ſolutionem*. Electione itaque opus eſt, quae *debitori* regulariter competit, vti docet *c. 70. de Reg. Iur. in VI. in alternatiuis ſiue diſiunctiuis debitoris eſt electio, & ſufficit alterum impleri.* conf. B. HERTIVS, *diſſ. de Elect. ex obligat. alternat. debitori debita*

ſect. 1.

ſit. 1. §. 1. *ſeqq.* Dico, vtrumque *aeque principaliter* eſſe in obligatione; in quo latet differentia obligationis vel diſpoſitionis alternatiuae a *ſubſidiaria*, vbi alterum *praeciſe & principaliter* debetur, alterum vero tantum *in ſubſidium*; licet autem hanc quoque *alternatiuam ordinis* vocare ſoleant, BRVNNEMANN. *ad c. 70. de R. I. in VI. n. 11.* HERTIVS *cit. diſſ. in prolegom.* §. 2. minus tamen recte tales diſpoſitiones ad alternatiuas referuntur, quae potius *ſimplices* dicendae, cum tamen *ex accidenti* alternatiuae eſſe videantur, alioquin enim omnes obligationes, puriſſimae & ſimpliciſſimae, alternatiuae dicendae eſſent. Hoc cum a plurimis haud obſeruatum ſit, & multorum errorum cauſſa exſtiterit, exemplis quibusdam erit illuſtrandum. Quae differunt a ſubſidiariis,

§. XII. Sic quaelibet lex regulariter *praeciſe & ſimpliciter* obligat, etiam in conſcientia, ad id faciendum, quod legiſlator iniungit, alioquin, ſi id negligitur, in locum eius ſuccedit *obligatio ad poenam.* Quis vero inde cum nonnullis moraliſtis veteranis concluderet, *obligationem* legum eſſe *alternatiuam*, vt vel ſubditi illa, quae legibus imperantur, agant, vel poenam ſoluant ſuſtineantque? Sane nunquam legiſlator *primario & principaliter* poenam intendit, ſed potius id, quod iubet, praecipitue fieri, quod prohibuit, vult omitti: poena ideo ſaltem legis pars eſſe creditur, vt ſit remedium cogendi refractarios, ad praeſtandum id, cuius gratia lex fuit lata; hinc eſt, quod legiſlatores *aegre*, & *praeter intentionem primariam* poenam infligere dicantur. *In ſubſidium* tantum illam legibus adiiciunt, vt ſubeant eam ſubditi, obedientiam legi debitam praeſtare contra conſcientiam detrectantes. Nunquam ſane lex obligaret in conſcientia, ſi obligatio eius *alternatiua* dicenda eſſet, quia ſic in arbitrio ſubditorum poſitum foret, vtrum id, quod lege imperatum eſt, facere, an loco eius poenam ſubire mallent, quod tamen intentioni legiſlatoris prorſus aduerſatur. Nec diuerſa eſt ratio *poenae conuentionalis*, quippe quae etiam tantum *in ſubſidium* adiicitur, ſi aduerſus promiſſa factum a debitore fuerit §. 7. *I. de V. O.* nec enim, qui eam adiicit, principaliter intendit *poenam*, ſed vt praeſtetur, quod debitor promiſit: Proinde poenalis obligatio haud dicenda eſt *alternatiua*, vt debitori relinquatur electio, cum vtrumque *non aeque principaliter* ſit in obligatione; Sed creditor adhuc agere poſſit vel Harum exemplum eſt obligatio ex lege ad poenam. it. ad poenam conuentionalem.

 ſimpli-

ſimpliciter ad implendum promiſſum, vel etiam *in ſubſidium*, ſi alter contumax ſit, ad poenam ſoluendam *l. 10. §. 1. de pact. l. 15. & 16. D. de transact. l. 37. l. 40. C. eod.* Quod ſi vero poenalis proprie alternatiua eſſet, alternatiue quoque neceſſario agendum & debitoris arbitrio, quid praeſtare vellet? relinquendum eſſet, quod tamen ſecus ſe habet per *cit. l. 10.*

it. in obligatione faciendi.

§. XIII. Eadem obſeruatio locum habet, vſumque praeſtat in *obligatione faciendi*, quam plurimi *alternatiuam* eſſe volunt, vt debitor electionem habeat, vtrum factum, an intereſſe, praeſtare malit? aiunt enim, debitorem praeſtando id, quod creditoris intereſt, liberari per *l. 72. D. de verb. obl. l. 13. §. f. D. de re iud. & l. 71. §. 2. de condit. & demonſtr.* LAVTERBACH. *ad tit. de pact.* §. 65. MANZIVS *ad §. fin. I. de V. O. n. 9.* EMAN. DE COSTA *de fact. ſcient. & ignor. inſp. 3.* STRVVIVS *Ex. 6. th. 49.* Diuerſam eſſe contendunt rationem obligationis *in dando* conſiſtentis, quae *praeciſam* inuolueret praeſtandi *neceſſitatem*, cum alioquin manu militari res debitori auferri queat *l. 68. de R. I.* Verum admodum falli videntur, qui ita diſtinguunt. Omnis enim obligatio ad intereſſe eſt *ſubſidiaria* & tranſit in locum principalis debiti, quatenus illud ipſum per dolum, vel culpam, vel moram debitoris praeſtari nequit. Collineat huc HVG. GROTII *de I. B. & P. lib. 2. c. 2. §. 2. n. 1.* aſſertum: *Iuſtitia expletrix, quoties non poteſt pertingere ad idem, fertur ad tantundem, quod morali aeſtimatione idem eſt.* Atque haec obligatio ſubſidiaria locum habere poteſt, tam vbi *de dando*, quam vbi *de faciendo* agitur. Quid enim ſi quis ſtipulatus fuerit ſeruum vel equum, isque per dolum, moram, culpamue debitoris interierit? tenetur vtique *ad aeſtimationem* ſeu intereſſe *l. 91. pr. de V. O.* & hoc caſu aeſtimatio per iuramentum in litem determinabitur. *l. 68. D. de R. V.* Et hoc in omnibus obligationibus, quae ad dandum tendunt, obtinet, v. c. in conſtituto *l. 23. D. de conſtituta pec.* commodato *l. 17. in f. commod.* pignore *l. 14. ſeq. D. de pignor. act.* emtione venditione *l. 1. D. de act. emt. vend.* locatione *l. 15. §. 8. D. locati cond.* ſimilibusque. Eaedem deciſiones quoque adplicari debent ad *obligationes faciendi*, quae aeque praeciſe ſtringunt, ac quidem dandi, id quod tum recta ratio docet, tum lex ciuilis confirmat, ſtatuendo, *aliud pro alio inuito creditori ſolui non poſſe l. 2. §. 1. D. de reb.*

le reb. cred. Proinde actor, qui ad implementum agit, *non al-ternatiue*, ſed ſimpliciter agere debet, ad promiſſum praeſtandum, iec reus ex communi doctrina obiicere poteſt, ſe eſſe alternatiue obligatum, aut ad *faciendum*, aut ad *intereſſe* ſoluendum, nec iudex :undem aliter, quam ad faciendum praeciſe, condemnare debet. Caeterum, ſi reus extreme *contumax* eſt, vt nullo modo ad faciendum idduci queat, ſuccedit *tandem* in eius locum *ſubſidiaria* praeſtatio :ius, quod intereſt, quae tamen *principaliter* in obligatione non erat. Iunc ſenſum, meo iudicio, habet *l. 13. in f. de re iud. qui non fa-it, quod promiſit* (h. e. quod principaliter in obligatione eſt) *in pe-uniam numeratam* (in ſubſidium) *condemnatur*, *ſicut euenit in mnibus faciendi obligationibus*, non quod in his tantum id vſu eniat, ſed quod, comparatiue loquendo, in his facilius vſu venire ueat, quam in *dandi*, quia in hac executio facilior eſt, quam in illa: ıterim obligatio ad intereſſe vtrobique eſt *ſubſidiaria*, vtrobique de-itor *praeciſe* tenetur ad id, quod promiſit principaliter, & quando eſtimatio eius, quod debetur, vel intereſſe praeſtandum, hoc *ex ac-identi* euenit, contra intentionem paciſcentium. conf. HVBER. *ad tit. de verb. obl. §. 5.*

§. XIV. Ex hac deciſione dependet quoque quaeſtio vulgata: *In praeciſe venditor teneatur ad tradendam rem venditam?* uod in dubium vix vocari poteſt, ſi vel maxime diſtinctio, §. *ante-:d.* reiecta, pro vera aſſumeretur, quia hic adeſt obligatio dandi. ed, quod mireris, etiam hic nonnulli diſſentiunt, prouocantes ad *1. pr. D. de Act. emt. vend.* vbi ſic VLPIANVS: *Si res vendita on tradatur, in id, quod intereſt, agitur,* quorſum etiam reſpe-ſſe volunt CELSVM in *l. 12. D. eod.* & Imperatores in *l. 4. C. eod.* *t.* Enucleat hanc controuerſiam plenius FRANZKIVS *ex. n. qu. 1. r tot.* quam tantum vel ideo hic tangendam putaui, vt inquirerem, rum venditor alternatiue dici queat obligatus, vel ad rem traden-m, vel ad intereſſe? quod contra FABRVM recte negat FRANZK. *:. de act. emt. vend. n. 42.* & cum eo LAVTERB. *ad cit. tit.* cu-s ratio ſolida haec eſt, quod omnis obligatio ad intereſſe ſit *in ſub-lium*, h. e. praeſupponat caſum, quo res vendita, quae principaliter betur, amplius praeſtari vel non poſſit, vel in eum coniecta ſit ſta-m per dolum, culpam, moram, vel, vti ait *cit. l. 4. C. procaciam*

Huc etiam pertinet qu. de traditione rei venditae.

vendi-

Digitized by Google

venditoris, vt emtori eam accipere amplius haud ſit integrum. Et haec eſt ſententia *d. l. 1. D. ſi res vendita non tradatur*, propterea quod amplius tradi nequeat, *ad intereſſe*, in ſubſidium *agendum eſſe*, vt tamen minime in arbitrio venditoris ſit, vtrum rem, an intereſſe praeſtare malit. Docet hoc perſpicue, ſeque ipſum explicat idem ICtus in *l. 68. D. de rei vind.* diſtinguens, vtrum res poſſit praeſtari, nec ne? priori caſu etiam ab inuito manu militari auferri poſſe, poſteriori vero aeſtimationem ſeu intereſſe praeſtandum eſſe. Haec omnia liquido euincunt, *alternatiuam obligationem minime cum ſubſidiaria eſſe confundendam*, cum in hac, id, quod principaliter debetur, tantum primario in obligatione ſit, in illa autem vtrumque aeque principaliter debeatur, ita tamen, vt debitori competat electio. Alias ſi ſubſidiaria quoque ad alternatiuam obligationem referenda eſſet, illud inde abſurdum emanaret, omnem fere obligationem eſſe *alternatiuam*, cum in quauis eius, quod intereſt, ratio haberi poſſit, quamuis *ex accidenti.*

(II) Ab obligatione ſimplici, ſi aliud tamen ex lege ſolui poteſt. Exemplo actionis hypothecariae.

§. XV. Altera obſeruatio eſt, *non eſſe alternatiuam obligationem, ſi non alterutra, ſed vnum idemque tantum ſit in obligatione, ita, vt ne quidem in ſubſidium alterum debeatur, quamuis ex legis beneficio aliud ſolui poſſit.* Quod enim ſponte praeſtare poſſum, ad id non teneor. Sic actio hypothecaria contra tertium poſſeſſorem vnice eo tendit, vt res hypothecae ſubiecta creditori tradatur, donec ipſi ſatisfiat, non autem, vt etiam tertius poſſeſſor ſoluat debitum, vtut *ſponte* ſoluere poſſit, ſi velit: proinde non adeſt proprie alternatiua obligatio, vt vel praedium hypothecae ſubiectum tradat vel ſoluat, quamuis καταχρηστικῶς & abuſiue id dici queat, modo ſano hoc intelligatur ſenſu, prout etiam MARCIANVS in *l. 16. §. 3. D. de pign. & hypoth.* ait: *Si vero poſſideat, & aut pecuniam ſoluat, aut rem reſtituat, aeque abſoluendus. Si vero neutrum horum faciet, condemnatio ſequetur.* Similis eſt ratio actionum noxalium, in quibus dominus condemnatur ex delicto ſerui, vtut ei liceat deditione ipſius corporis, quod deliquerit, euitare litis aeſtimationem, vti dicitur in *l. 1. D. de Noxal. act.* Etſi enim alternatiue videatur obligatus *l. 6. §. 1. D. de re iud.* magis tamen propoſitio *conditionata*, quam *alternatiua* ſubeſſe videtur, hoc modo: Dominus ſerui poenam luere debet, niſi ſeruum noxae dare malit;

tertius

Digitized by Google

ertius poſſeſſor rem hypothecae obnoxiam reddere debet, niſi debi-
um ſoluere malit &c.

§. XVI. Tertio obſeruamus: Dari etiam *alternatiuam reme-* (III) Ab al-
orum, quae ex cumulatione actionum naſcitur, & ſic *ex accidente* ternatiua
ntum libellum facit alternatiuum, cum in ſe ſingula remedia haud remediorum
it alternatiua, adeoque huc proprie non ſpectent, vbi agimus de re-
ediis *ſimplicibus*, non *cumulatis*. Moribus hodiernis huiusmodi
imulationes admitti poſſe ex iure Canonico, contra iuris ciuilis re-
ulas, iam alii fuſius probarunt, nec praeſentis inſtituti eſt, vt theſin
unc pluribus perſequar. Potisſimum alternatiuam cumulationem Exempla.
mittunt, ſi vel ignoratur, quae actio competat, vel dubitatur, vtrum
c vel illa ſuum quis perſequi poſſit, vnde reuera concluſio in libello
alternatiua, veluti quando petitur: In Rechten zu erkennen, daß
ir die qu. Wieſe iure dominii vel quaſi zuſtehe, vel ſi teſtamentum
pugnatur ex capite *nullitatis* vel *inofficioſi*, daß dieſes Teſtament,
s inofficioſum zu reſcindiren, oder wenigſtens zu Recht nicht be-
ündig ſey, it. ſi contractus impugnatur ex capite *nullitatis*, vel ob
eſionem vltra dimidium &c. Reuera haec cumulatio introduxit
certitudinem in libellis, & quam alternationem *circa factum* ius Ro-
anum improbauit, eandem ius canonicum & praxis approbarunt,
m, re curate inſpecta, vtique *incertitudo* circa ipſa facta in exem-
s allatis lateat. Et tamen pragmatici vno ore aiunt, libellum alter-
tiuum eſſe ineptum, quae aſſertio, hoc rerum ſtatu, non poteſt
n videri inepta. Caeterum, quod hanc *alternatiuam remedio-
m* proprie huc non pertinere dixerimus, vel inde conſtat, quod in
risque cumulationibus obiectum vnum & idem perſequamur, illud-
e tantum intentioni actoris inſit, licet duplex ac diuerſum funda-
entum alleget, ex quo illud petere intendit. Vnum idemque tan-
n hic adeſt in petitione & diſpoſitione, & vnum, non alterutrum
ſequimur, nec vlla *regulariter* electio reo debetur, licet in fun-
nento petendi alternatione vtamur. Qui ignorat, vtrum reus ſe
coherede agnoſcat, nec ne? partem dimidiam hereditatis petere
eſt, vel *hereditatis petitione* vel *familiae herciſcundae* iudicio,
le in petitione quaedam alternatio oritur, vt tamen plures res al-
natiue non petantur. Qui ignorat, vtrum reus rem poſſideat titu-
ſingulari an *vniuerſali*? moribus noſtris, rei vindicationem cum

 here-

hereditatis petitione cumulare ac ita petere poteſt, daß mir das Hauß entweder iure hereditario oder dominii zuſtehe, ſed tamen tantum aedes petit, nec quidquam praeterea, nec reo electio ex pluribus quid praeſtare velit, debetur. Proprie alternatiua diſpoſitio eſt, qua plus vno debetur, & in diſpoſitione eſt, ſed non niſi vnum, a debitore eligendum, praeſtari debet; deinde ipſa remedia, ſeorſim conſiderata, ſunt ſimplicia, adeoque *ex accidente* alternatio quaedam, non intuitu *rerum*, ſed *fundamentorum agendi*, aut *mediorum concludendi*, libello inſeritur, cumulatione actionum interueniente.

Alternatiua & diſiunctiua non differunt.

§. XVII. Equidem BALDVS & cum eo LVDOVICVS GOMESIVS *ad § ſed iſte 3. de act. n. 37. ſeq.* in hac cumulatione non *alternatiuum* ſed *diſiunctiuum* occurrere libellum putat, eamque differentiam inter vtrumque ponit, quod diſiunctiuus libellus ſit reſolutiuus in alteram partem, quam videtur eligere actor in proſecutione, ſecus in alternatiuo, quo actor non eligit, nec libellus reſoluitur in alteram partem; item, quod *diſiunctiuae* particulae proprie ſint *vel, aut*, de quarum natura ſit, verba diſiungere & ſignificatum; *alternatiuae* vero proprie ſint hae: *ſiue, ſeu*, quarum natura eſt, quod licet verba diſiungant, coniungant tamen ſignificatum in effectu. Licet autem GOMESIVS in hac diſtinctione BALDI *maximum myſterium* eſſe, faciliusque admitti poſſe libellum *diſiunctiuum* quam *alternatiuum*, quod in *illo* actor in perſecutione eligat vnam partem ex expreſſis in libello, vt ſic reſoluatur in *ſimplicem*, quod ſecus ſit in *hoc*, ſibi aliisque perſuadere velit, puto tamen, hoc myſterium eſſe cerebrinum & inane. Sane ICti Romani hanc diſtinctionem non agnouere, quippe qui *alternatiuam* obligationem etiam *diſiunctiuam* vocant, docente STRAVCHIO *ex. VI. ad 50. Deciſ. Iuſtin. cap. 1. n. 20.* nec diuerſitas illa in particulis occurrit, quam GOMESIVS cum ſuo Philoſopho fingit. Quid enim, ſi quis promittit, *Stichum AVT Pamphilum, Epheſi AVT Capuae* ſe daturum, eſtne haec obligatio *diſiunctiua* an *alternatiua*? Diſiunctiua erit Gomeſio, quam tamen VLPIANVS in *l. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco*, alternatiuam vocat. Quod vero, vti alias iuris eſt, reo hic nulla electio competat, vel inde eſt, quod hic non adſit alternatiua obligatio intuitu eius, quod petitur, quae electionem reo tribuat *l. 10. in f. D. de iur. dot. l. 34. §. 6. de contrah. emt.* ſed alternatio

Notatur GOMESIVS.

ſolum-

ſolummodo concernat duo diuerſa remedia, quorum alterutro id, quod ſimpliciter debetur, actor perſequi intendit.

§. XIIX. Quarta obſeruatio eſto: *Dari alternatiuas diſpoſitiones, quae tamen libellum alternatiuum non reddunt.* Nimirum (1) ſi eſt intuitu perſonarum *l. f. § 3. de V. O.* (2) ſi eſt intuitu locorum *l. 2. D. de eo, quod cert. loc. l. 5. §. 1. depoſ.* (3) intuitu locorum & rerum ſimul; nam *mixta rerum alternatio*, ait cum SCAEVOLA VLPIANVS *in l. 2. §. 3. de eo, quod cert. loc. locorum alternationi, ex neceſſitate facit actoris electionem, & in rem propter locum. Alioquin tollis ei actionem, dum vis reo reſeruare optionem.* (4) Si eſt ratione rerum & perſonarum ſimul v. c. *dabisne mihi centum, aut Titio aedes?* (5) Ratione conditionis: *ſi illud, aut illud factum fuerit*, §. 11. *l. de hered. inſtit.* (6) Si electio actori competit, vel quod ei reſeruata ſit, *l. 10. in f. de iur. dot.* vel, quod alias ex natura rei ei debeatur *l. 21. de condict. indeb.* (7) ſi alterutrum ex rebus alternatiue debitis periit, quia tunc, quod ſupereſt, ſimpliciter debetur *l. 2. §. 3. de eo quod cert. loc. l. 32. D. de condict. indeb.*

Non omnes diſpoſitiones libellum alternatiuum faciunt.

§. XIX. Quinto obſeruandum ducimus, *libellum debere iuris diſpoſitioni & naturae negotii conformem eſſe*, adeoque concluſionem ad id, quod ius cuique tribuit, & quod in negotio geſto actum eſt, dirigendum. Si itaque diſpoſitio iuris *alternatiue* actori quid concedit, ſi *alternatiue* obligatio concepta eſt inter contrahentes, libellus alternatiue erit formandus: Si *ſimpliciter* quid debetur, vel ex legis *diſpoſitione* vel ex *voluntate contrahentium*, concluſio quoque vnice ad id, quod ſimpliciter debetur, erit dirigenda. Poteſt ergo *alternatiuus* libellus eſſe ineptus, quia negotio geſto & iuri, quod vnum idemque tantum ſimpliciter actori petendum largitur, haud conformis eſt: Poteſt etiam *ſimplex* eſſe ineptus, quia rurſus iuri & negotio, quod veram alternationem habet, haud reſpondet, adeoque nulla ineptitudo *per ſe* in libello alternatiuo quaerenda. Dico, *quod veram alternationem habet.* Si enim adeſt *obligatio ſubſidiaria*, libellus non eſt ineptus, quo actor id tantum, quod principaliter in obligatione eſt, perſequitur, vt, ſi *factum* eſt in obligatione, recte agit actor ad factum *ſimpliciter* praeſtandum, quia id, quod

Interim libellus debet iuri & naturae rei conformis eſſe.

in ſubſidium debetur, ex accidente tantum debetur: Porro nec libellus ineptus eſt, ſi alternatiue concipitur, vt reus aut factum praeſtet, aut, hoc non facto, intereſſe; vel vt res vel aedes venditas tradat, vel, ſi tradere non poſſit, intereſſe ſoluat *l. 1. pr. D. de act. emt. vend.* quia ita id ipſum exprimitur, quod ex iuris diſpoſitione *euentualiter* & *in ſubſidium* debetur. Expreſſio autem eius, quod tacite ineſt, non nocet.

Vt tamen iudex libellum, quatenus fieri poteſt, ſaluet.

§. XX. Accedit denique vltima obſeruatio: *Quamcunque concluſionem in libello explicandam eſſe ſecundum iuris diſpoſitionem, & ita intelligendam, vt potius ſuſtineatur, quam reiiciatur.* Nulla nos amplius formula includit, vt aucupes verborum eſſe debeamus. Liberiores agimus & petimus, adeoque actoris intentio in petito ſemper haec fuiſſe videtur, quam lex poſtulat. Vſus huius obſeruationis non leuis eſt in actione hypothecaria contra tertium alternatiue inſtituta; vti ſuo loco oſtendam. Olim, quando in rem agebatur, formula hac vtendum erat: AIO REM MEAM ESSE, ſi vel maxime contra eum, qui dolo deſierat poſſidere, ageretur, quia hic quoque pro poſſeſſore habebatur *l. 13. §. 14. D. de hered. petit. l. 52. de rei vind.* & perinde condemnabatur, ac ſi poſſideret *l. 25. § 8. D. de hered. petit.* Cum autem non poſſit rem ipſam praeſtare, quam dolo poſſidere deſierat, litis aeſtimationem ſoluere tenebatur *cit. l. 13.* iuramento in litem determinandam, *l. 25. §. 10. de hered. petit.* quae tamen in libello olim haud petita videtur, ſed executioni reſeruata. Hodie vero libellum pro inepto non habendum iudico, ſi contra eum, qui dolo deſiit poſſidere, alternatiue eſſet compoſitus, ita: daß mir der qu. Acker iure dominii zuſtehe, und dahero der Bekl. mir ſolchen entweder cum omni cauſa abzutreten, oder, in deſſen Ermangelung, den Wehrt deſſelben zu bezahlen ſchuldig ſey: Peto enim id, quod iuris ratio mihi tribuit, quodque eadem reo iniungit, licet petitum ad formulam iuris antiquam haud videatur compoſitum: Scrupuloſitas eiusmodi a praxi noſtra aliena eſt.

CAP.

Digitized by Google

CAP. II.

DE

Libellis alternatiuis genuinis.

§. I.

Obſeruaui iam *cap. antec.* pleroſque, qui regulae vulgatae, *libellum alternatiuum eſſe ineptum*, inhaerent, plures conlomerare exceptiones, more maiorum, qui hac methodo vtpluriium vſi ſunt, vt infinitas limitationes & exceptiones colligerent, quae :l regulam plane deſtruerent, vel quarum maxima pars non erat de gula. Eadem fata etiam haec regula, quam ſine examine aſſumſeınt, habuit, occaſione cuius plura exempla coaceruarunt, libellum ternatiuum admittentia, quae partim quidem genuina ſunt, partim ıſpecta & dubia, ad minimum a regula aliena, partim ad *alternatiam remediorum* ſpectant. Sicuti vero alternationem, quae ex *cuulatione remediorum* naſcitur, ex cauſis, *cap. anteced.* allatis, aetereo, ita hoc capite adferam eos caſus, in quibus libellus neceſrio alternatiue formandus eſt, qui demum genuini videntur; reliıos autem, qui dubii vel ſuſpecti ſunt, vel qui non neceſſario alteritiue formandi, capite vltimo percurram.

Libellus quandoque neceſſario alternatiue formandus.

§. II. Libelli alternatiue formandi ſunt vel ex diſpoſitione *legis* :l *hominis*. Prius contingit, ſi lex debitorem diſiunctiue obligat, ei electionem relinquit. Verum an eiusmodi diſpoſitio in iure no:o detur, prius inquirendum eſt. Grauiſſime enim obſtare videtur, ıod vrget ICtiſſimus BERGER. *diſſ. de ſentent. tacit. alternat.* §.). cenſetque, obligationes alternatiuas, quae iuris dicuntur, non :ernatiuas, ſed ſucceſſiuas eſſe. Quam *cap. praeced. ſubſidiariam* iquoties diximus, *ſucceſſiuam* vocat, vt vel definitio eius, quam atim ſubiicit, docet. Si itaque alternatiuae iuris obligationes pous, *ſubſidiariae* cenſendae, ſequitur, vt nullus libellus, in his ſefundans neceſſario ſit alternatiue formandus, quin rectius *ſimpliter* potius formetur, cum quod *in ſubſidium* praeſtandum, ex accidente eueniat, nec concluſionem libelli neceſſario intret. Deinde, ante hac hypotheſi, reus quoque condemnari poteſt, ad id ſimplici:r praeſtandum, quod principaliter debetur, nec in eius poteſtate eſt,

(1) Ex diſpoſitione legis.

Dari alternatiuas iuris proprias

contra Bergerum affirmatur,

eſt, vt eligat id, quod in ſubſidium debetur, cum aliud pro alio, inuito creditore, eligi nequeat. Multum itaque refert, vtrum, quasdam dari proprie alternatiuas obligationes iuris aſſeras, an vero contendas, omnes eſſe ſubſidiarias. Cum vero de eo rectius conſtare non poſſit, quam ſi per ſingula exempla, quae in iure occurrunt, eamus, vlteriori diſcuſſione huius dubii hic quidem ſuperſedebo.

Et exemplis probatur

§. III. Neceſſario quidam libelli alternatiuam concluſionem habent (1) *ex diſpoſitione legis*, quando ad alterutrum aeque principaliter lex obligat reum, eique electionem tribuit, vtrum hoc vel illud praeſtare malit, quam actor ei adimere non poteſt, quod tamen facere videretur, ſi ſimpliciter alterutrum peteret. Huc pertinet (1) *actio aeſtimatoria*, quae ex contractu aeſtimatorio naſcitur. Dubitatum olim fuit, quaenam formula huic negotio conueniens eſſet, an venditi, an locati, an mandati? cum vero neutra ſatis apta videretur, nouam formulam & actionem propoſuit Praetor, qua ageretur. Ideo autem de genere actionis dubitatum fuiſſe videtur, quia animaduertebant Romani, ex hoc contractu alternatiuam naſci obligationem, vt accipiens aut ipſam rem incorruptam reddat, aut aeſtimationem, de qua conuenit, *l. 1. in f. D. de aeſtimat.* adeoque formulam quoque alternatiue concipiendam eſſe, qualis in emtione, locato, vel mandato *per ſe* non dabatur, noua ergo vt praeſcriberetur, opus fuit. Actionem autem alternatiue hic formandam eſſe, patet ex natura huius contractus, quo res ita aeſtimata datur, *vt aut eandem mihi adferres, aut pretium*, vt dicitur in *l. 17. §. 1. D. de P. V.* vnde etiam reus periculum rei acceptae ſuſtinet, quia alternatiue adſtringitur, adeoque re peremta, praeciſe ad pretium reddendum tenetur *l. 1. §. 1. de aeſtimat.* conf. B. HERTIVS *Diſſ. de elect. ex oblig. altern. debitor. debita ſect. 1. §. 4.* DN. PRAESES *Diſſ. de translat. domin. in contr. aeſtimat. § 33. ſeqq.*

(1) in actione aeſtimatoria.

Aeſtimatorii contractus differentia ab aliis contractibus.

§. IV. Ante omnia tamen conſtare debet, hunc contractum cum propola eſſe initum. Aliquando ſimplex mandatum eſſe poteſt, quo caſu, ex natura huius contractus, mandatum quouis tempore reuocari, ſi extat, res ſimpliciter repeti, vel, ſi iam vendita eſt, pretium peti poteſt, *l. 5. §. 3. mand.* Colligitur hoc ex variis coniecturis: (1) ex conditione *eius, cum quo contractus eſt initus*, vtpote ſi res non propolae, ſed amico ad vendendum data fuit, quia cum amico

magis

agis mandatum contrahere ſolemus *l. 1. §. 4. D. mand.* (2) ex quaate *obiecti*, veluti ſi *res immobilis* vendenda ſit, eaque alteri ud tradatur, ſed ei ſaltim nude mandetur, vt fundum certum venret, tunc potius eſt mandatum, (3) ex ipſa partium *conuentione*, ae ipſa diſtinguit negotia; & intentionem contrahentium declarat, que haec ratio eſt, quod ICtus in *l. 17. §. 1. de P. V.* varie diſtinat in ſpecie ibidem propoſita. Ait: *Si margarita tibi aeſtimato dero, vt aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum, deinde ec perierint, ante venditionem cuius periculum ſit?* Ratio duandi eſſe videbatur, quod ante omnia inquirendum eſſet, quisn contractus eſſet celebratus, an aeſtimatorius, an mandatum, an us? LABEO itaque diſtinguit, & dicit: *Si quidem ego te venor rogaui, meum eſſe periculum*: h. e. ſi nudum mandatum ini eſt, dantis eſt periculum, id quod potiſſimum ex *rogatione* coltur, quia mandatum *per rogationem* contrahitur, adeoque hoc alternatiue non neceſſario agendum, ſed ſi res repetitur, obſtat *eptio rei interitae* ſeu peremtae. Pergit vero: *ſi tu me rogatuum eſt periculum*, h. e. eo caſu potius habendus eſt contra pro aeſtimatorio, ſi accipiens rogauit, vt ei margarita aeſtimata certo pretio vendenda daret, & periculum eſt accipientis, quippe alternatiue obligatur *l. 1. §. 1. de aeſtimat.* Denique addit tern caſum: *Si neuter noſtrum, ſed duntaxat conſenſimus*, h. e. uter alterum rogauit, ſed obiter de re vendenda ediſſerendo, conerunt de vendenda re pro certo pretio, ita, vt non conſtet, an tractus aeſtimatorius, an vero alius initus fuerit, in dubio media ienda eſt ſententia, vt accipiens tantum dolum & culpam prae, &, quia de genere actionis hoc modo quoque dubitatur, praetis verbis agendum erit, quae actio locum habebat, cum deficant vulgaria & vſitata actionum nomina.

§. V. Quae cum ita ſint, facile liquet, quid dicendum ſit de quaeſtione, quam mouet illuſtr. BERGER *in reſol. LL. ad Lauit. de aeſtimat. qu. 4.* an in contractu aeſtimatorio is, qui depoenitere poſſit re adhuc integra, & rem repetere condictione a data cauſſa non ſecuta? Id quod Vir illuſtris affirmat per *l. 5. de Praeſcr. Verb.* ibi: *vel ſi meum repetere velim, repetaquod datum eſt.* Quamuis vero hanc deciſionem facile admit- De facultate poenitendi.

teremus

terem, in ceteris contractibus innominatis; in hoc tamen contractu eam vel ideo in dubium vocare cogor, (1) quod accipiens alternatiue obligetur, poſtquam ſemel res ei data eſt, adeoque electio ei, ne quidem per indirectum, adimi queat: (2) quod in hoc ſtatim dominium transferatur, quod reuocari non facile poteſt: (3) ſi res ſimpliciter venditionis cauſſa daretur, forſan deciſioni locus eſſet relinquendus; iam vero ita datur, vt vel rem vel pretium conuentum reſtituat. Quid igitur, ſi accipiens rem iſtam retinere, ſibique habere, quid ſi pretium reddere malit? Denique (4) hunc contractum ad innominatos referendum eſſe non puto, cum peculiarem ſuam indolem, determinatam formam, & ſpeciale nomen habeat. Neque obſtat, quod actio P. V. inde detur, quippe quae etiam ex *precario* competit, quod tamen non poteſt ad hos contractus referri. Deficiebat in hoc negotio formula conueniens, cum formularum catalogus non omnibus numeris abſolutus eſſet, *l. 4. P. V.* & in hoc defectu ad actionem P. V. recurrebant, i. e. praeſcribenda erat formula negotio accommodata, & hac agendum. Proinde agenti condictione cauſſa data cauſſa non ſecuta obſtabit exceptio *non competentis actionis.*

(2) Actiones contrariae ex contractibus bilateralibus. In ſpecie Commodati.

§. VI. (II) Contrariae actiones ex contractibus bilateralibus, inaequaliter talibus, quandoque alternatiue concipiendae in caſu, ſi debitor rem, quam ex huiusmodi contractu tenuit, culpa ſua perdidit, & hunc in finem aeſtimationem litis praeſtare debuit, ſed poſtea res deperdita in domini poteſtatem peruenerit. Applicat hoc PAVLVS ad rem commodatam deperditam in *l. 17. in f. D. commodati*, & definit, commodantem contrario iudicio, aut rem commodatam praeſtare, aut quod ab eo acceperit, reddere debere. Nam ex *bono & aequo* in his iudiciis obligatio naſcitur; iniquum autem foret, ſi reus vtrumque retinere vellet, cum potius alterutrum reddere teneatur, id quod non tantum in hac commodati actione contraria obtinet, ſed, eadem aequitatis ratione, ad ceteras actiones contrarias depoſiti, pignoratitiam &c. extendi poterit. Sed vero grauiſſima ratio dubitandi ſupereſt, cuinam hoc caſu electio concedenda ſit, an *commodanti*, an *commodatario?* nam ſi illi ea adſcribenda, alternatiue omnino agendum; ſi vero huic, petere quoque ſimpliciter alterutrum poteſt, adeoque ei integrum eſt, an ſimpliciter, an alternatiue agere malit? licet alternatiue agere non teneatur. Commodatario electionem tribuit

ıit DIONYS. GOTHOFREDVS *in not. ad cit. l. lit. g.* quem quitur MEVIVS *ad ius Lubec. tit. 2. art. 1. n. 15.* ex hac ratione, ıod, cum habeat electionem actionum rerum, rerum quoque ipſa- ım electionem habere debeat. Scilicet commodatarius triplici ratione ;ere poteſt, vel enim rem commodatam praeoptat habere, quo caſu rei ındicatione eam petere poteſt, quoniam litis aeſtimatio rem offerentis cit: *l. 5. §. 1. commod. l. 1. C. commun. vtriusque iudic. l. 63. de R. V.* ıt vero pretium ſibi reddi cupit, quo caſu condictione ſine cauſſa il- d petere poteſt: *l. 2. de condict. ſin. cauſſa*, aut denique alteru- um ſibi reddi intendit, & hoc caſu commodati actione vtendum, xta *l. cit. 17. in f.* Inde putant, quia habet electionem remedio- m, habere etiam electionem rerum. Equidem hactenus id admit- , vt electionem habeat, vtrum rem vindicare, an pretium condi- re malit; adeoque pro diuerſitate remediorum etiam diuerſimode ete poſſit; aſt inde non fluit, eandem electionem actori ſaluam eſ- , ſi commodati contraria agatur. In hac reus tanquam debitor nuenitur, qui ex aequitate ad alterutrum obligatur, & ita tanquam bitor electionem habere debet. Contraria vnice tendit ad inde- ıitatem praeſtandam, quam tunc obtinet actor, ſi reus alterutrum praeſtiterit, cuius electio ei debetur. HERTIVS *cit. loc. ſect. 1. §. 1.* .ANZK. *ad tit. commod. n. 60.* LAVTERB. *ad dict. tit. n. 25.*

§. VII. Ceterum grauior ratio dubitandi emergit, an in actione cati idem quoque obtineat? Si enim fullo veſtimenta lauanda con- xerit, deinde, amiſſis eis, domino pretium, ex locato conuentus, ıeſtiterit, poſteaque dominus inuenerit veſtimenta, quaeritur, qua ione debeat conſequi pretium, quod dedit? Ita format VLPIA- 's quaeſtionem in *l. 2. D. de condict. ſin. cauſ.* & ita tantum de ıtii recuperatione ſollicitus eſſe videtur. Equidem quin ſimpliciter pretium recipiendum condictione ſine cauſſa agi queat, non habet bium, quia ex poſt facto pretium ſine iuſta cauſſa detinet. Cete- n ſi actione conducti agere velit, *omnimodo* eum audiendum eſſe, ICtus in *cit. l.* vt conſequenter non alternatiue, ſed ſimpliciter ıtium repetere eum poſſe videatur, cum tamen eadem adſit ratio, ıç in contrariis antea adducta eſt. Sed cogitandum eſt, primario tum ſollicitum fuiſſe de eo, an *condictio ſine cauſſa* hoc caſu lo- n habeat? id quod affirmat, & id ipſum, de quo maior dubi- tandi

An etiam locati?

Affirmatur.

tandi ratio erat, *obiter* ſaltim tangit, aitque: *Ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem*, h. e. illud extra dubium poſitum eſt, cum ex conducto agere poſſe. Aſt quomodo agere debeat, non addit, quia obiter genus actionis tantum exprimit; Cum itaque actio conducti ſit quoque actio bonae fidei, & inter alia ad indemnitatem tendat, merito quoque ex hoc fundamento alternatiue agendum erit, vt vel veſtimenta reddat, vel pretium reſtituat, *arg. l. 17. in f. commod.* Si enim alterutrum ei praeſtatur, indemnis fullo ſeruatur, adeoque rurſus multum refert, quo genere actionis vtatur, vtrum in eo ſe fundet, quod reus pretium repetit: an vero ex contractu agat, & indemnitatem a reo poſtulet? & ita electionem ei tribuere debet.

c) Actio ad dotandum aut nubendum.

§. VIII. Praeterea quoque (III.) ſtuprata contra ſtupratorem ex praxi hodierna conſiſtoriorum agere debet, *vt eam aut ducat, aut dotet*, ſi nullam ſtuprata promiſſionem matrimonii allegare poſſit, Carpzov. *lib. 2. iurispr. Conſiſt. def. 229. n. 4. ſeqq.* B. Dn. Stryk. *in not. ad ius eccleſ. Brunnem. lib. 2. c. 18.* §. *16.* Natam hanc eſſe ex errore quodam ſententiam in propatulo eſt. De iure diuino ſtuprator ſtupratam praeciſe ducere tenebatur, & quia de iure Moſaico dotatio conſequens matrimonii erat, eam quoque dotare debebat. *Exod. XXII. 16. 17. Deut. XXII. 28.* Nec ius Canonicum ab hac ſententia receſſit, ſed aperte illam confirmauit in *c. 1. & 2. X. de adult.* Quia vero in noſtris foris & terris matrimoniorum non eadem ratio eſt, vt maritus vxorem poſt matrimonium contractum dotare debeat, deciſio iuris diuini & canonici ſimpliciter applicari haud potuit, adeoque quidam imperiti interpretes exiſtimarunt, commodius eſſe, ſi obligatio copulatiua, quae ab vſu fori aliena eſt, verteretur in alternatiuam, vt ſtupratam aut duceret aut dotaret, & ita alterutrum ſufficeret. Carpz. *cit. loc. n. 7.* Tolerari adhuc potuiſſet haec ſententia, ſi non *alternatiuam*, ſed *ſubſidiariam* contineret obligationem, vt primario ad eam ducendam teneretur, in ſubſidium vero, ſi extreme eſſet contumax, ad dotandum, quia ſic iure diuino adhuc quodammodo conformis, nec ſtupratori electio relinquenda eſſet, ſed ſtuprata potius *ſimpliciter*, vt eam duceret, agere poſſet. Sed, ſi Carpzovio credimus, in Saxonia alterutrum ſufficit, vt non poſſit non electio ſtupratori competere, niſi grauiſſima cauſſa

eam

Digitized by Google

ſam tollat. Alibi quoque idem receptum eſſe teſtatur B. STRYKIVS
cit. loc. quamuis BRVNNEMANNVS *ibid.* putet, eum cogendum
eſſe praeciſe, vt defloratam ducat, quam ſententiam merito proba-
em, niſi praxis communis reſiſteret. Hoc tamen temperamentum
xtra Saxoniam non intermittendum eſſet, vt obligatio ſtupratoris
on tam ***alternatiua***, quam ***ſubſidiaria*** haberetur. Ipſa enim ***do-
atio*** nihil aliud eſt, quam praeſtatio eius, quod intereſt; quemad-
modum vero haec ***regulariter in ſubſidium*** debetur, prout cap. I.
ſtendi, ita quoque de dotatione aliud iudicium ferri nequit, quam,
: tunc demum debeatur, ſi nullo modo adduci poteſt ſtuprator, vt
am ducat.

§. IX. Inde nata eſt quaeſtio: an ſubſiſtat ſententia, qua ſtu-
ator ad ducendam ſtupratam ſimpliciter condemnatus eſt, hoc effe-
u, vt condemnatus praeciſe ad ducendum teneatur? Mouet eam
N. BERGER. *diſſ. de ſentent. tac. alternat.* cenſetque eam eſſe
cite alternatiuam, h. e. id, quod omiſſum eſt, tacite intelligi,
m ipſo iure competat, id quod iudex reo ademiſſe dici non poſſet.
uamuis enim (1) ſit magnus matrimonii fauor, (2) antiquitus haec
ligatio copulatiua fuerit, (3) ſententia ſtricte ſit accipienda, (4)
c modo ſtupratae magis ſuccurratur, (5) haec obligatio non ſit pu-
alternatiua, ſed ſucceſſiua; reſpondet tamen ad haec dubia, quod
or matrimonii ius alicui competens non auferat; quod hodie ob-
tio ſtupratoris non amplius ſit copulatiua; quod ea, quae tacite
lliguntur, non cenſeantur ideo excluſa, quia ſententia eſt ſtrictae
rpretationis; quod iudex non poſſit eſſe mitior lege, & quod ſa-
tupratae ſuccurratur, ſi ſtupratori vel maxime electio relinquatur;
d quidem haec obligatio ſit ſucceſſiua, ***verum***, addit, ***non ita,
ucere non poſſit, ſed ſi nolit.*** Priora quatuor argumenta non
obſtare videntur, ſed vltimum maius robur habet. Si enim
na ratio admittenda eſt, vti DN. BERGER eam admittit, & ſtu-
oris obligationem *ſucceſſiuam*, hoc eſt, *ſubſidiariam* eſſe con-
it, duo maxime inde fluunt; (a) ſtupratori electionem haud
etere, quia quod in ſubſidium debetur, eo tantum caſu debe-
quando id, quod principaliter in obligatione eſt, praeſtari ne-
id quod omnis actio ad intereſſe docet, non vero, quando
id praeſtare non vult, niſi in extrema verſetur contumacia, vt

An hic ſimpliciter ad ducendum condemnari poſſit reus?

 nullo

Digitized by Google

nullo modo ad implementum eius adduci queat; (b) ſententiam reuera non eſſe tacite alternatiuam, ſed potius ſimplicem dicendam, quia alioquin omnis ſententia dicenda fere eſſet tacite alternatiua, cum vt plurimum, quando, quod adiudicatum eſt, ſolui nequit, ſuccedat in eius locum, quamuis ex accidente, ſubſidiaria obligatio ad intereſſe vel aeſtimationem. Hoc vero poſito, ne quidem libellus eſſet alternatiue formandus, quod §. *antec.* etiam conceſſi de praxi communi, Saxonicamque excepi.

(4) Actio in factum contra eum, qui mortuum intulit in locum alienum.

§. X. Nouum (IV.) occurrit exemplum obligationis iuris alternatiuae, proprie dictae, in *l. 7. pr. D. de relig. & ſumt. fun.* quando quis mortuum ſuum in locum vel ſepulchrum alienum intulit. Hic enim tenetur actione *in factum, vt aut tollat id, quod intulit, aut loci pretium praeſtet*, vt dicitur in *cit. l. 7.* adeoque non poteſt non reo electio competere LAVTERBACH. *tit. de relig. §. 15.* B. HERTIVS *cit. diſſ. ſect. 1. §. 5.* Equidem, ſi verba edicti conſideramus, obligatio alternatiua deeſſe videtur. Ait Praetor in *l. 2. §. 2. eod. qui hoc fecit, in factum actione tenetur & poenae pecuniariae ſubiicietur.* Si ergo pretium loci inſtar *poenae* eſſe videtur, prout cenſet STRVVIVS *ex. XV. th. 78.* ſubſidiaria, non alternatiua erit obligatio, quia omnis obligatio poenalis regulariter eſt ſubſidiaria, prout *cap. anteced.* monui. Verum ſalua res eſt. Duae in edicto Praetoris propoſitiones occurrunt: (1) quod reus actione in factum teneatur: (2) quod poenae pecuniariae ſubiiciatur. Poſterius non vniuerſale eſt, ſed poſitis terminis habilibus intelligendum, ſi delictum quoddam concurrit, ſi v. c. in locum publicis vſibus deſtinatum quis doloſe intulit, modica coercitione plectendus erit, vt ait ICtus in *l. 8. §. 2. eod.* Ceterum qui in priuatum locum intulit, actione *in factum* ſimpliciter tenetur; ad quid autem illa competat, Praetor non exponit, ſed GAIVS ICtus ex interpretatione vſuali hoc addit in *cit. l. 7. pr.* ſcilicet, vt vel cadauer tollat, vel loci pretium praeſtet, quod loci pretium poena pecuniaria dici nequit, alioquin in heredem dari haud poſſet, nec perpetua eſſet, quas proprietates tamen habet ex *l. 7. pr. cit.* Nec obſtat, quod ita dominus inuitus cogatur locum ſuum alteri vendere, id enim fit propter fauorem religionis, ob quem a ſtricta iuris ratione receditur. *Summa eſt ratio*, ait PAPINIANVS *in l. 43. in fin. eod. quae pro reli-*

Digitized by Google

religione facit. Credebant enim gentiles, manes turbari & inquietari, ſi temere cadauer erueretur & in alium locum transferretur, quod *religioni* aduerſum videbatur.

§. XI. Similiter (V) *actio aquae pluuiae arcendae* quandoque poteſt eſſe alternatiua in caſu, quem proponit ICtus in *l. 2. §. 1. D. de aqu. & aqu. pluu. arc.* Quando vetus foſſa erat agrorum ſiccandorum cauſſa, nec memoria extabat, quando facta ſit, nec vicinus inferior eam purgabat, adeoque inde fiebat, vt ex reſtagnatione eius aqua fundo ſuperiori noceret, cenſuit LABEO, *aquae pluuiae arcendae cum inferiore agi poſſe, vt aut ipſe purgaret, aut actorem pateretur in priſtinum ſtatum eam redigere.* Equidem actio haec regulariter competit, ad deſtruendum id, quod manu factum eſt; ſed id quidem hic applicari nequit, cum foſſa vetus adſit, cuius initii memoria non extat, & *vetuſtas* talis pro lege haberi debeat *l. 2. pr. eod.* Ergo, aequitate ſuadente, tantum ad purgandam foſſam, non ad eam deſtruendam agi debet. Quia vero foſſa agrorum circumiacentium ſiccandorum gratia comparata erat, & ita omnium vicinorum, imo ipſius quoque, in cuius fundo erat, intererat, vt foſſa purgaretur, praeciſe cogi non poterat, vt ipſe ſuis ſumtibus foſſam purgaret in vicinorum agrorum commodum, ſed vt alterutrum tantum praeſtaret. Nec contrarium euincitur ex *l. 2. §. 4. eod.* vbi idem caſus relatus videtur, & tamen addit ICtus, *cogendum eſſe vicinum purgare*, nam, ſi verum fateri licet, non omnes circumſtantiae accurate expreſſae ſunt. Ait PAVLVS: *apud Aretium vero relatum eſt, eam foſſam* in ſuperiori fundo, *ex qua ad inferiorem fundum aqua naturaliter deſcendebat, cogendum eſſe vicinum*, ſcilicet non a domino praedii inferioris, ſed ab aliis circumiacentium agrorum dominis, quorum agris aqua haec iam nocere incipiebat propter reſtagnationem, *purgare ſiue extet foſſae memoria, ſiue non extet*, cum ſufficiat, quod curſum ſuum naturalem mutare inceperit, nec ipſi hoc incommodum pati teneantur, quod naturaliter inferior ager a ſuperiore pati debet *l. 1. §. 23. D. eod.* (5) Actio aquae pluuiae arcendae.

§. XII. Dantur etiam (VI) *interdicta alternatiua*, quorſum pertinet illud, cuius mentio fit in *l. 7. in f. de damn. inf.* Scilicet, ſi, antequam cautio de damno infecto petitur, aedes ruinoſae deciderint, ſi quidem dominus aedium, quae ruerunt, tollere vellet, non (6) Interdictum ex L. 7. de damn. infect.

aliter permittendum, quam vt omnia i. e. & quae inutilia eſſent, auferret, & de damno praeterito & futuro caueret: *Quod ſi dominus aedium*, pergit ICtus, *quae deciderunt, nihil faciat, interdictum reddendum ei, in cuius aedes rudera decidiſſent, per quod vicinus compelletur, aut tollere, aut totas aedes pro derelicto habere*, maxime, ſi propter aliquod impedimentum ſibi proſpicere non potuit *l. 8. D. eod.* ante cautionem praeſtitam directo ad damnum reſarciendum haud obligatur: interim tamen *per indirectum* ad hoc cogi poteſt, *ſi rudera tollere vult.* Sed nec ad hoc cogi poteſt, cum ei integrum ſit, aedes; quae nocuerunt, derelinquere, quo caſu omnis obligatio ad damnum reſarciendum exſpirat. Idem adprobat IVLIANVS ICtus in *l. 9. pr. eod.* ibi: *non inique Praetorem curaturum, vt dominus vitioſarum aedium aut damnum ſarciat, aut aedibus careat.*

(7) In proceſſu Executiuo.

§. XIII. In proceſſu executiuo quoque (VII) alternatiua petitio occurrit, praeſertim in Saxonia, quo reus adſtringitur, vt *chirographum ſuum vel recognoſcat, vel iurato diffiteatur.* Omnino enim, antequam condemnari queat, liquidum eſſe debet, vtrum chirographum a debitore ſcriptum ſit nec ne? & de ſcripturae ſinceritate conſtare, id quod aliter fieri nequit, quam ſi eam aut recognoſcat, aut iurato diffiteatur. CARPZ. *de Proc. tit. 22. art. 2. n. 8. ſeqq.*

De effectu clauſulae, ſalutaris.

§. XIV. Ex his adductis ſpeciebus ſatis, ni fallor, apparet, dari obligationes alternatiuas iuris proprie dictas, ita, vt reo ſimpliciter electio competat, adeoque non omnes poſſe ſubſidiarias dici, vti illuſtr. BERGERVS exiſtimat. Concedo quidem, eas ſpecies, quas *in cit. diſſ. de ſentent. tacit. altern.* §. 7. *ſeqq.* adduxit, recte poſſe dici *ſubſidiarias*, ſi eam, quam §. *antec. IX.* adduxi, excipias, ſed iis haud abſoluitur catalogus obligationum alternatiuarum, quae ex iuris diſpoſitione tales ſunt, vnde pauciſſimae ex his, quas attuli, ab eo relatae ſunt, in quibus, meo quidem iudicio, libellus neceſſario alternatiue formandus eſt, ne alias vitio laboret, & reus praegrauetur, cui electio ſimpliciter in his ſpeciebus competit. Ceterum ſi clauſula ſalutaris libello eſſet adiecta, prout hodie communiter fieri ſueuit, etiam petitio ſimplex tolerari poſſet, quia ex communi practicorum ſententia, quae fere in ius tranſiit, hac clauſula adiecta, illa quoque cenſentur petita, quae de iure peti debuiſſent, vt adeoque libellus ſecundum

iuris

Digitized by Google

iuris diſpoſitionem intelligi debeat, & ſic *tacite alternatiuus* dici queat.

§. XV. Pergo ad alteram claſſem, quando libelli *alternatiue* ſunt formandi ex *diſpoſitione hominis*, ſiue *inter viuos*, ſiue *vltima voluntate* concepta, modo electio penes debitorem ſit, quia alias actor exceptione plus petitionis remouetur §. 34. *I. de action.* Huc pertinent, (I) ſi contractui adiecta eſt *aeſtimatio venditionis gratia*, quippe quae efficit, vt debitor *alternatiue* obligetur, ſiue ad *rem*, ſiue ad *aeſtimationem* praeſtandam, niſi creditori ſpeciatim electio reſeruata fuerit; & ſic in dote aeſtimato data maritus habebit electionem, vtrum malit rem offerre, an pretium earum. Nam addit, declarationis gratia ICtus *in l. 10. in f. de iur. dot. cum illa, aut illa res promittitur, rei electio eſt, vtram praeſtet*, ergo etiam alternatiue conueniendus eſt. Ceterum ſi tantum nudae *taxationis gratia*, ſeu in fauorem mulieris, aeſtimatio adiecta, vt in cauſa deteriorationis vel perditionis conſtet, quid maritus praeſtare debeat? vxor *ſimpliciter* agit ad dotem repetendam, ſi adhuc extat. *l. 21. C. de iur. dot.* idem dicendum de ceteris contractibus, quibus aeſtimatio adiecta eſt. *l. 5. §. 3. commod. l. 7. §. 1. de donat. int. vir. & vxor.* (II) Si in contractu principaliter alterutrum promiſſum, veluti ſi hoc, aut illud, venditum eſt, ſi quidem venditori reſeruata electio, ille alternatiue actione emti eſt conueniendus *l. 34. §. 6. de contr. emt. vent.* ſed & ſi quis ex alio contactu alterutrum promittit, debitoris eſt electio, adeoque alternatiue petitio formanda *l. 2. §. 3. de eo quod cert. loc.* niſi creditor ſibi eam reſeruauerit *l. 112. de verb. obl. l. 95. de ſolut.*

(II) Ex diſpoſitione hominis.

Vel inter viuos, vt (1) in aeſtimatione venditionis cauſſa adiecta.

(2) In promiſſione alternatiua.

§. XVI. Neque aliud dicendum de debito alternatiuo ex vltima voluntate, quatenus reo competit electio. Regulariter quidem legatarius eligit, ſed teſtator heredi electionem relinquere poteſt, quod olim cenſebatur factum, ſi *per damnationem* legatum erat relictum. *l. 19. de legat. 2. l. 29. §. 1. de legat. 3.* Et quamuis hodie formulae legatorum ſint ſublatae, vt nulla amplius diuerſitas ſupereſſe videatur, quibus teſtator vſus ſit verbis, quoad effectum tamen *electionis* adhuc hodie multum refert, quibus verbis legatum conceptum. Quid enim ſi teſtator dixerit: Mein Erbe ſoll ſchuldig ſeyn, Caio entweder meinen Garten oder Wieſe zu geben, annon heredi, ad

Vel mortis cauſſa.

quem

quem verba ſunt directa, electio competit, & annon alternatiue conuenidus erit? quod recte aſſerunt B. HERTIVS *cit. l. ſect. 3. §. 3.* B. STRYCK. *vſ. mod. tit. de legat.* §. 3. Limitatur tamen, niſi heres *ex accidente* electionem amiſerit. Hoc contingere poteſt (1) Si ante diem legati cedentem alterutrum perierit, quia tunc, quod ſupereſt in obligatione ſimpliciter manet. (2) Si heredi certus dies, quo ſtatuere poſſit, quid praeſtare velit, praefixus eſt: quod ſi enim eo die non dixerit, hanc an illam rem praeſtare malit, legatariis ſalua eſt electio, & ſic alterutrum ſimpliciter petere poſſunt, *l. 11. in f. de legat. 2.*

His caſibus etiam contra heredem alternatiue agendum.

§. XVII. Neque vero hoc modo tantum cum principali debitore, ſed etiam cum ipſius herede agendum eſt alternatiue, cum regulariter heres eodem modo obligetur, quo defunctus obſtrictus fuit. Limitandum hoc cenſent in alternatiua vltima voluntate conſtituta per *l. 24. & 67. §. 7. de legat. 2.* vt electio per mortem heredis exſtinguatur, HERTIVS *d. l. ſect. 4. §. 3.* DIONYS. GOTHOFRED. *ad cit. l. 67. §. 7. lit. d.* Sed hoc indiſtincte admitti nequit, quin potius attentendum, vtrum alternatio ſit intuitu rerum legatarum, an perſonarum, quibus legatum praeſtandum? Priori caſu electio aeque ad heredem heredis tranſit, ac ad legatarii heredem, ſi ille ante electionem mortuus ſit, *l. 19. de option. legat.* ex communi iuris ratione, quod haeres aeque obligetur, vti defunctus: poſteriori vero videndum, vtrum certum tempus electioni praefinitum, nec ne? ſi prius, poſt tempus elapſum perit electio, & huc pertinet deciſio *l. 67. §. 7. de leg. 2.* vbi fideicommiſſum ita conceptum erat: *Rogo fundum, CVM MORIERIS, reſtituas ex libertis, cui voles.* In hac ſpecie heres ante mortem eligere debuit, id quod ſi non fecit, electio morte eius exſtinguitur, & ſic *defuncto eo, prius quam eligat, petent omnes*, quod confirmatur per ea, quae dicta ſunt *in fin. §. praeced.* Sin poſterius, omnes ad petitionem etiam admittuntur, niſi ſtatim eligat, cui dare malit *l. 24. de leg. 2.* Ex quo fluit, ſi certum tempus heredi praefinitum, & intra illud deceſſerit, heredi eius adhuc ſaluam eſſe electionem.

CAP.

Digitized by Google

CAP. III.

DE

Libellis alternatiuis dubiis.

§. I.

Maior numerus eſt eorum libellorum, de quibus dubitatur, vtrum alternatiue ſint neceſſario formandi? an vero ſimpliciter? & denique, vtrum, ſi alternatiue formati fuerint, ſubſiſtere queant, an vero reiici, vt inepti, debeant? Ratio horum dubiorum inde emerſit, quod naturam alternationis plerique non recte euoluerint, nec eas praecautiones, quas *cap. 1.* tradidi, ſedulo perpenderint animo, quibus tamen obſeruatis, dubia facile diſſolui queunt. **Cauſſa dubiorum circa libellos alternatiuos.**

§. II. Vt itaque iuxta obſeruationes *cap. 1.* traditas procedam, §. XV. eius capitis dixi: non eſſe obligationem alternatiuam, quando non alterutrum, ſed vnum idemque tantum eſt in obligatione ſeu debito, vtut ex lege ad aliud quid praeſtandum facultatem habeat debitor: ad quod enim praeſtandum, extra nexum, reus ex legis diſpoſitione *facultatem* habet, nullam *obligationem* inducit, nec pars obligationis dici poteſt, cum facultas non neceſſitatem, ſed libertatem agendi denotet. Huc refero (1) caſum laeſionis vltra dimidium in emtione ſimilibusque contractibus. Aiunt Imperatores in *l. 2. C. de reſc. vend. Rem maioris pretii, ſi tu, vel pater tuus, minoris diſtraxerit; humanum eſt, vt pretium te reſtituente emtoribus, fundum venundatum recipias autoritate iudicis intercedente.* Atque hoc ipſum tantum in obligatione ſeu debito emtoris eſſe videtur, qui adeoque non alternatiue, ſed ſimpliciter tantum obligatus eſt. Poteſt tamen, ex legis diſpoſitione, ſe ab hoc debito liberare, ſi, quod deeſt iuſto pretio, ſoluat, quod patet ex verbis ſequentibus: *vel ſi emtor elegerit*, h. e. voluerit, *quod deeſt iuſto pretio, recipias.* Hoc itaque debitoris ſ. emtoris facultati relictum, vt, ſoluendo quod deeſt iuſto pretio, ſe liberare queat, quia, hoc facto, omnis venditoris querela, fundamentumque actionis ceſſat, quod in laeſione vltra dimidium conſiſtit. Clarius idem euincitur ex *l. 8. C. eod.* vbi Imperatores praemittunt, *ad reſcindendam venditionem* non ſufficere, ſi actor alleget, quod paulo minore pretio fundum vendiderit; additur tamen limitatio: *niſi minus dimidia iuſti pretii, quod*

(a) neglectus obſeruationis §. 15. cap. 1.

Huc pertinent exempla (I) actio ex l. 2. C. de reſc. vend. vbi

Redditio rei emtae eſt in obligatione.

Aſt ſolutio, quod deeſt iuſto pretio, in facultate emtoris.

quod fuerat tempore venditionis, datum eſſet, quae exceptio docet, eo caſu recte agi poſſe ad reſcindendam venditionem, *electione tamen emtori praeſtita ſeruanda*, quae non obligationem alternatiuam inducit, ſed tantum, prout dictum, innuit, eum ſe poſſe liberare a neceſſitate rem reſtituendi, ſi, quod deeſt iuſto pretio, ſupplere malit. Vtrumque autem non eſſe in obligatione, vel inde liquet, quod actor vnice ſe fundet in *laeſione enormi*, adeoque, per indirectum, defectum conſenſus, h. e. exceptionem erroris, praecipitantiae, & minus deliberati animi alleget, quae ad contractum reſcindendum ſufficiens eſt, maxime qui bonae fidei eſt. Illuſtr. DN. COCCEII *Diſſ. de elect. rei conuent. ex enorm. laeſ. ſect. 1. §. 6.* GVTIEREZ *lib. 2. pract. quaeſt. 136.* Deinde quando inquiritur, quo remedio laeſi vti debeant? euidens eſt, *ordinarium* deficere, neque ex contractu agi poſſe, cum ex contractu nullum actori competat ius ad reſcindendum contractum, ſed potius Imperatores reſpexerunt *ad extraordinarium reſtitutionis in integrum*, quod primario in *laeſione*, concurrente *aequitate*, ſe fundat. Vtrumque hic adeſt: legislatores enim *enormem laeſionem* ſupponunt, quae primario in *reſtitutione maiorum* occurrit; deinde deciſionem ſuam fundant in aequitate, dum aiunt, *humanum* eſſe, vt actori, reſciſſionem vrgenti, ſuccurratur; in reſtitutione autem non adeſt alternatiua obligatio. Ceterum ſi emtor ſupplet, quod deeſt iuſto pretio, *laeſio* & *aequitas* ceſſat, & ita quoque reſtitutio in integrum actori amplius indulgeri nequit. B. STRYCK. *in vſ. mod. ad tit. de reſt. in integr. §. 2.* PINELLVS *ad d. l. 2. p. 2. c. 1. n. 26.*

Hinc (1) libellus alternatiue formandus non eſt;

§. III. Neque haec obſeruatio otioſa eſt, ſed ſuos habet inſignes effectus. Nam (1) inde fluit, libellum non alternatiue eſſe formandum, ſed *ad reſcindendum contractum* dirigendum, pro natura remedii, quod intentatur: quod ſi tantum *ad ſupplementum iuſti pretii* ageretur, vitioſus foret libellus, quippe quod non eſt in *obligatione*, licet ſit in *facultate* debitoris. Quid ſi tamen alternatiue petitum ſit, daß der geſchloſſene Kauff zu reſcindiren, oder Beklagter den rechten Werth des Kauff-Pretii ergänzen müſſe, an libellus reiiciendus eſt? Ego id nullo modo exiſtimo. Nam (1) *cap. 1. §. f.* oſtendi, petitum libelli ita eſſe intelligendum, prout ratio iuris id poſtulat, adeoque petitum hoc non alternatiue, ſed hoc modo intelligendum, vt emtio reſcindatur, *niſi reus defectum iuſti*

Licet nec tanquam ineptus reiiciendus ſit.

pretii

pretii ſupplere malit. Hanc interpretationem ſuggerit aequitas, licet *ſtricto iure* diuerſum videatur, (2) Tacite hoc petito alternatiuo expreſſum intelligitur, quod in facultate rei poſitum eſt; neque verba tam amare & prout iacent, intelligenda, ſed eo, quo debebant proferri, ſenſu accipienda, (3) accedit, quod plures alternatiuam obligationem hic ſubeſſe credant, exiſtimantes, de neceſſitate libellum alternatiue eſſe concipiendum, quod defendit LAVTERBACH. *ad tit. de reſc. vend.* §. 47. cum decretalium interpretibus, adeoque actor excuſandus videtur, qui tantorum ICtorum autoritate ductus libellum alternatiue formauit, praeſertim cum (4) in eiusmodi dubiis iuris articulis pro aptitudine libelli pronunciandum ſit.

§. IV. Deinde (II) inde fluit, iudicem, probata laeſione, reum condemnare debere ad rem reſtituendam: quod enim principaliter in lite eſt, ad id ſententia dirigenda, iam vero principaliter in hac actione id quaeritur: vtrum laeſus contra emtionem reſtitui debeat? quamuis iudex euentualiter adiicere poſſet, es wolte denn Beklagter den Mangel des rechten Werths des Kauff-Pretii erſetzen, ſo iſt er alsdann bey dem geſchloſſenen Kauff zu ſchützen. Hic vero ALEXANDER III. Papa in alia omnia iuit *in c. 3. X. de emt. vendit.* errore communi antiquorum interpretum deceptus. Agebant Canonici contra Abbatem quendam, proponentes, quod in venditione ſyluae cuiusdam vltra dimidium laeſi eſſent. Dederat Pontifex delegatos iudices, qui, probata laeſione, pronunciarant, *venditionem non tenere*; appellatione ad ſedem Apoſtolicam facta & ſuſcepta, Pontifex, *habita, cum fratribus & aliis ſapientibus, qui legibus iurati iudicant, deliberatione, allegabat, eandem ſententiam iuri contrariam ſe intellexiſſe. Quia vero*, pergit, *in arbitrio emtoris eſt; ſi velit ſupplere iuſtum pretium, aut venditionem reſcindere, cum res minus dimidia iuſti pretii comparatur, ſententiam ipſam, tanquam iuri contrariam, irritantes, poſſeſſionem monachis iudicauimus eſſe reddendam.* Videtur Pontifici ex leguleiorum ſuggeſtione, ſententia optime lata, iuri contraria fuiſſe, ideo, quod *ſimpliciter* ad reſcindendum contractum directa fuerit, cum potius alternatiue ferenda fuiſſet. Non ergo mirandum, quod Canoniſtae ad vnum omnes, quos BARBOSA, GONZALEZ, GRANNANIETO aliique ad h. t. conglomerant, afferant, libellum alternatiue eſſe concipiendum, & ſententiam quoque alternatiue ferendam, praeſertim

(2) Condemnatio ſimpliciter ad reſtitutionem rei emtae dirigenda.

Notatur diſpoſitio iuris canonici.

Digitized by Google

ſertim cum Innocentius III. Pontifex *in c. 6. X. eod.* idem confirmaſſe videatur, ſententiam ferendo alternatiuam: *vt praefati ciues aut recepto pretio poſſeſſiones reſtituerent memoratas, aut ſupplerent, quantum conſtaret, legitimae venditionis tempore, iuſto pretio defuiſſe.* Inſignis itaque hic difficultas naſcitur, annon in praxi ius Canonicum ſequendum ſit, quippe quod in decidendo vbique magnam autoritatem accepit, maxime ſi ſententia iuris ciuilis dubia, iuris Canonici vero certa ſit. Ego vero, quamuis ſciam, in praxi multum auctoritati iuris Canonici tribuendum eſſe, non tamen adeo ſuperſtitioſus ſum, vt vbique eius auctoritati ſtandum eſſe crediderim. Diſtinguo potius, vtrum ius Canonicum ex ratione praetenſae pietatis vel aequitatis conſulto a iure ciuili receſſerit, an vero eius deciſa ſequi intendat, ſed ex errore falſam deciſionem formet? Priori caſu ius Canonicum praeferri ſolet in praxi ex rationibus, quas adduxit Dn. Praeses *in tract. de iure eccleſ. Proteſtant. ad tit. de conſtitut.* qualis caſus tamen hic non adeſt. Poſteriori vero admodum dubito, vtrum erroneae interpretationes iuris Canonici ſequendae ſint, quia Pontifex noluit ius ciuile corrigere, ſed tantum ad caſus propoſitos applicare, quamuis in applicatione deceptus fuerit. Similes errores paſſim occurrunt, inter quos quoque valde notabilis eſt caſus in *c. 5. X. de teſtament.* quo Pontifex reprobat legatum rei alienae, ſed ius ciuile non intellexit, & erronee interpretatus eſt. Neque obſtat, quod eadem autoritas iuri canonico tribuenda ſit in interpretatione iuris ciuilis quam obtinet in correctione. Nam (1) quod correctiones in praxi magnam obtineant autoritatem prae iure ciuili, peculiares ſunt rationes: (2) quando Pontifex in Decretalibus ad ius ciuile prouocat, illudque erronee applicat, non interpretem, ſed iudicem agere voluit, adeoque intentio eiusdem videtur fuiſſe, non vt leges authentice interpretaretur, ſed potius *bona fide* credidit, ſe ſenſum iuris ciuilis in *applicatione* aſſecutum fuiſſe, quamuis bona fide deceptus fuerit. Denique (3) ius Canonicum in praxi proteſtantium cum grano ſalis accipiendum, nec abſolute & vbique ei inhaerendum eſt.

Cuius tamen autoritas hoc caſu in praxi poſthabenda iuri ciuili.

§. V. Tandem (III) inde fluit (quod potiſſimum obſeruat Dn. Cocceius *d. diſſ. ſect. 2. §. 5. ſeqq.*) quod re peremta apud emtorem, venditor laeſus amplius agere nequeat, cum reſtitutioni nullus poſſit eſſe locus. Si alternatiua adeſſet obligatio, ſi pretii ſupplementum

(5) Re apud emtorem peremta venditori laeſo

tum eſſet in obligatione, hoc peti poſſet, cum, alterutro ex alternatiuis peremto, id, quod ſupereſt, debeatur ſimpliciter, quod tamen hic dici nequit. Poſſem adhuc plures addere effectus, tum ratione fori, tum ratione emtoris laeſi, cui SCHIFFORDECHERVS *ad Anton. Fabrum lib. 3. tr. 13. qu. 5.* remedium hoc denegat, quod tamen minime ei denegandum eſt, ex rationibus adductis, ſed vela contrahenda ſunt, ne meditatio nimis excreſcat. non competit querela L. 2. C.

§. VI. Porro (II) huc refero actiones noxales vel ex delicto priuato ſeruorum competentes, vel ex pauperie manſuetarum beſtiarum. Has alternatiuas eſſe quidam cenſent, & ſic libellum quoque alternatiuum hic fingunt, BERLICH. *P. 1. concl. 12. n. 14.* MARTINI *ad Proc. Sax. tit. 5. §. 1. n. 89.* Sed iure prorſus repugnante. Nam (1) in *pr. l. de noxal. act.* diſertis verbis dicitur, quod his actionibus *domino damnato* PERMITTATVR, *aut litis aeſtimationem ſufferre, aut ipſum hominem noxae dedere.* Damnatur ergo ſimpliciter ad litis aeſtimationem, ſed poſt condemnationem *permittitur*, ſeu *facultatem* habet, ſe a litis aeſtimatione liberandi per noxae deditionem. (2) Euidentius hoc apparet ex *l. 6. §. 1. de re iud.* quae deciſio obſeruationem §. 2. adductam perſpicue confirmat. Ait ICtus: *Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur, facultatem enim noxae dedendae ex lege accepit*, h. e. non obligatur ex cauſſa iudicati, niſi in decem, quod debitum tantum in obligatione eſt: noxae deditio autem tantum ad facultatem rei ſpectat, cum ex diſpoſitione legis poſſit, ſi velit, ſe a praeſtatione damni liberare deditione, adeoque nulla hic adeſt obligatio alternatiua, quod vt euidentius demonſtret, addit hanc diuerſitatem: *At is, qui ſtipulatus eſt, decem aut noxae dedere, non poteſt decem petere, quia in ſtipulatione ſingula per ſe veniunt* (h. e. vtrumque aeque principaliter in obligatione alternatiua eſt) *eaque ſingula ſeparatim ſtipulari poſſumus, at iudicium ſolius noxae deditionis nullum eſt, ſed pecuniariam condemnationem ſequitur* (adeoque ſententia alternatiue non ferenda) *noxae deditio in ſolutione eſt, quae a lege tribuitur*, adeoque in obligatione haud eſt, ſed ad *beneficium* condemnati pertinet, ſi velit potius noxae dedere ſeruum, quam iudicatum ſoluere. Reuera *beneficium* reo indulgeri, vel inde apparet, quod ſententia, quae in rem iudicatam tranſiit, iuſtam debendi cauſam

(II) Actiones noxales, Libellum alternatiuum non admittunt,

ſam conſtituat, & ſtricto iure a condemnato implenda ſit, a cuius implemento tamen per legis *beneficium* liberatur. Proinde libellus alternatiue haud formandus, quamuis, ſi formatus fuerit, ex aequa interpretatione ſuſtineri debeat. (3) Huc quoque collineat *pr. l. ſi quadrup. paup. fec. dic.* vbi Imperator ita: *quae animalia, ſi noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem a iudicato ſoluendo, quia ita Lex XII. tabularum ſcripta eſt*, ſeu, hoc beneficium, contra rigorem iuris, reo condemnato tributum eſt, vt executionem declinare queat. Ex quo fluit, adhuc in executione reo id beneficium prodeſſe, & electionem hanc ſaluam eſſe. B. HERTIVS *cit. diſſ. ſect. 2. §. 8.*

Legitime tamen interpretatus tolerandus.

(III) Actio hypothecaria contra tertium poſſeſſorum inſtituta.

§. VII. Inſignem quoque vſum (III) haec obſeruatio praebet in actione hypothecaria contra tertium poſſeſſorem inſtituenda. De hoc enim grauiſſime contenditur: vtrum alternatiue contra tertium inſtitui poſſit, daß Beklagter mir entweder das qu. Hauß abtreten, oder die darauf hafftende Schuld der 3000. Rthlr. abtragen müſſe. Affirmant id ipſum quam plurimi, vt BERLICH *p. I. concl. 12. n. 12.* GAIL. *obſ. 62. n. 8.* NICOLAI *de proceſſ. c. 9. n. 22.* CARPZOV. *p. 1. c. 2. def. 9. n. 1.* MVSAEVS *de libello alternatiuo in actione hypothec. admittendo* DN. BERGER *in elect. diſcept. forenſ. tit. 5. obſ. 9. n. 1.* B. TITIVS *in iure priuato l. 12. c. 2. §. 12. ſeqq.* Sed qui rigidiores ſunt, prorſus hoc negant, & talem libellum ex officio reiiciendum eſſe cenſent, vid. RIVINVS *in enunciat. iur. enunc. 33.* SCHVVENDENDORFFERVS *ad Fibigium p. 1. c. 2. n. 3. §. 8. lit. k.* IOH. FLORENS RIVINVS *diſſ. de libello in actione hypothecaria rite formando*, quam MVSEI diſſertationi oppoſuit, imo ipſe DN. BERGER *in elect. diſcep. for.* 1777. praxin contrariam agnoſcit, &, *fatendum eſt*, ait, *opinionem, qua libellus actionis hypothecariae, tanquam ineptus, reiicitur, in foro, praeſertim Saxonico Electorali, adeo inualuiſſe, vt eidem fruſtra obnitaris: quamobrem nemini auctor ſum, vt ſententiam, quam ego tutatus ſum, ſequatur: quin omnes, qui concipiendis libellis operantur, ipſemet moneo ac cohortor, vt, ſepoſita tantiſper doctrina mea, ſtylo forenſi ſe accommodent, eumque diligentius attendant, ne, animaduerſo tandem vitio, quod vulgo ineſſe exiſtimatur, libellum, tanquam ineptum, reiici, atque adeo ea, quae retro acta ſunt, irrita*

irrita fieri; ſero nimis ſentiant.... Addit deinde exemplum, vbi poſt fata duorum annorum, libellus huiusmodi reiectus eſt, qua de re inter alia literis ad ſe datis ILLVSTREM STRYCKIVM quondam conqueſtum eſſe addit. Interim, clauſula ſalutari adiecta, facilius ſuſtineri libellum talem aſſerunt, *vid.* B. STRYCK. *in vſ. mod. tit. de diſtract. pign. §. 2. in f.*

§. VIII. Equidem, ſi ſecundum rigorem iuris iudicandum eſt, cogor in poſteriorem ſententiam ſecedere. Eſt actio hypothecaria mere realis & ad rem hypothecae ſubiectam perſequendam tendit, adeoque petitum non aliter, ſecundum naturam huius actionis, quam hoc modo, formari poteſt, daß Beklagter das qu. und mir verſchriebene Unterpfand ſo lange einräumen müſſe, biß ich wegen meines Capitals, intereſſe und Unkoſten befriediget worden. Ad ſoluendum debitum poſſeſſor nullo modo obſtringitur, quia creditor cum eo haud contraxit, nec aliud fundamentum obligandi adduci poteſt. Vindicatio autem hypothecae non poſſeſſorem obligat, ſed rem ſequitur, vt aiunt Impp. in *l. 2. C. ſi vnus ex plur. hered.* Diuerſa eſt ratio ipſius debitoris, hypothecam poſſidentis, vt & heredum debitoris, hypothecae ſubiectas res diuiſim poſſidentium, qui conueniri poſſunt, *vt vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant*, vt dicitur, *in cit. l. 2.* Sed haec alternatiue petendi ratio non proficiſcitur ex natura actionis hypothecariae, ſed potius ex cumulatione huius cum perſonali ex debito, adeoque ad alternatiuas remediorum referri debet.

Stricto quidem iure libellum alternatiuum reſpuit.

§. IX. Quae in contrarium vrget MVSAEVS, huc fere redeunt, quod hypotheca nequeat concipi ſine debito, quod obligationem perſonalem ſemper praeſupponat, quod eius ſolutionem eſſentialiter connotet, quod hypotheca ſit acceſſorium debiti principalis &c. Vera quidem haec ſunt, ſed pro libello alternatiue formando non concludunt: hypotheca praeſupponit debitum principale, ſed non ſemper in poſſeſſore eius, adeoque hic quoque ad debitum ſoluendum non obſtringitur. Ait quidem MARCIANVS *in l. 13. §. 4. D. de pignor.* quod *hypothecaria actio ſuas conditiones habeat, i. e. ſi ſoluta eſt pecunia aut ſatisfactum; quibus ceſſantibus teneat, & in l. 16. §. 3. eod.* Idem ICtus vlterius aſſerit: *ſi vero is, cum quo actum eſt, rem poſſideat, & aut pecuniam ſoluat, aut*

Quicquid diſſentientes obmoueant.

Digitized by Google

nullo modo ad implementum eius adduci queat: (b) ſententiam re-uera non eſſe tacite alternatiuam, ſed potius ſimplicem dicendam, quia alioquin omnis ſententia dicenda fere eſſet tacite alternatiua, cum vt plurimum, quando, quod adiudicatum eſt, ſolui nequit, ſuccedat in eius locum, quamuis ex accidente, ſubſidiaria obligatio ad intereſſe vel aeſtimationem. Hoc vero poſito, ne quidem libellus eſſet alternatiue formandus, quod §. *antec.* etiam conceſſi de praxi communi, Saxonicamque excepi.

(4) Actio in factum contra eum, qui mortuum intulit in locum alienum.

§. X. Nouum (IV.) occurrit exemplum obligationis iuris alternatiuae, proprie dictae, in *l. 7. pr. D. de relig. & ſumt. fun.* quando quis mortuum ſuum in locum vel ſepulchrum alienum intulit. Hic enim tenetur actione *in factum, vt aut tollat id, quod intulit, aut loci pretium praeſtet*, vt dicitur in *cit. l. 7.* adeoque non poteſt non reo electio competere LAVTERBACH. *tit. de relig.* §. 15. B. HERTIVS *cit. diſſ. ſect. 1.* §. 5. Equidem, ſi verba edicti conſideramus, obligatio alternatiua deeſſe videtur. Ait Praetor in *l. 2. §. 2. eod. qui hoc fecit, in factum actione tenetur & poenae pecuniariae ſubiicietur.* Si ergo pretium loci inſtar *poenae* eſſe videtur, prout cenſet STRVVIVS *ex. XV. th. 78.* ſubſidiaria, non alternatiua erit obligatio, quia omnis obligatio poenalis regulariter eſt ſubſidiaria, prout *cap. anteced.* monui. Verum ſalua res eſt. Duae in edicto Praetoris propoſitiones occurrunt: (1) quod reus actione in factum teneatur: (2) quod poenae pecuniariae ſubiiciatur. Poſterius non vniuerſale eſt, ſed poſitis terminis habilibus intelligendum, ſi delictum quoddam concurrit, ſi v. c. in locum publicis vſibus deſtinatum quis doloſe intulit, modica coercitione plectendus erit, vt ait ICtus in *l. 8. §. 2. eod.* Ceterum qui in priuatum locum intulit, actione *in factum* ſimpliciter tenetur; ad quid autem illa competat, Praetor non exponit, ſed GAIVS ICtus ex interpretatione vſuali hoc addit in *cit. l. 7. pr.* ſcilicet, vt vel cadauer tollat, vel loci pretium praeſtet, quod loci pretium poena pecuniaria dici nequit, alioquin in heredem dari haud poſſet, nec perpetua eſſet, quas proprietates tamen habet ex *l. 7. pr. cit.* Nec obſtat, quod ita dominus inuitus cogatur locum ſuum alteri vendere, id enim fit propter fauorem religionis, ob quem a ſtricta iuris ratione receditur. *Summa eſt ratio*, ait PAPINIANVS *in l. 43. in fin. eod. quae pro reli-*

religione facit. Credebant enim gentiles, manes turbari & inquietari, ſi temere cadauer erueretur & in alium locum transferretur, quod *religioni* aduerſum videbatur.

§. XI. Similiter (V) *actio aquae pluuiae arcendae* quandoque poteſt eſſe alternatiua in caſu, quem proponit ICtus in *l. 2. §. 1. D. de aqu. & aqu. pluu. arc.* Quando vetus foſſa erat agrorum ſiccandorum cauſſa, nec memoria extabat, quando facta ſit, nec vicinus inferior eam purgabat, adeoque inde fiebat, vt ex reſtagnatione eius aqua fundo ſuperiori noceret, cenſuit LABEO, *aquae pluuiae arcendae cum inferiore agi poſſe, vt aut ipſe purgaret, aut actorem pateretur in priſtinum ſtatum eam redigere.* Equidem actio haec regulariter competit, ad deſtruendum id, quod manu factum eſt; ſed id quidem hic applicari nequit, cum foſſa vetus adſit, cuius initii memoria non extat, & *vetuſtas* talis pro lege haberi debeat *l. 2. pr. eod.* Ergo, aequitate ſuadente, tantum ad purgandam foſſam, non ad eam deſtruendam agi debet. Quia vero foſſa agrorum circumiacentium ſiccandorum gratia comparata erat, & ita omnium vicinorum, imo ipſius quoque, in cuius fundo erat, intererat, vt foſſa purgaretur, praeciſe cogi non poterat, vt ipſe ſuis ſumtibus foſſam purgaret in vicinorum agrorum commodum, ſed vt alterutrum tantum praeſtaret. Nec contrarium euincitur ex *l. 2. §. 4. eod.* vbi idem caſus relatus videtur, & tamen addit ICtus, *cogendum eſſe vicinum purgare*, nam, ſi verum fateri licet, non omnes circumſtantiae accurate expreſſae ſunt. Ait PAVLVS: *apud Aretium vero relatum eſt, eam foſſam* in ſuperiori fundo, *ex qua ad inferiorem fundum aqua naturaliter deſcendebat, cogendum eſſe vicinum*, ſcilicet non a domino praedii inferioris, ſed ab aliis circumiacentium agrorum dominis, quorum agris aqua haec iam nocere incipiebat propter reſtagnationem, *purgare ſiue extet foſſae memoria, ſiue non extet*, cum ſufficiat, quod curſum ſuum naturalem mutare inceperit, nec ipſi hoc incommodum pati teneantur, quod naturaliter inferior ager a ſuperiore pati debet *l. 1. §. 23. D. eod.* (5) Actio aquae pluuiae arcendae.

§. XII. Dantur etiam (VI) *interdicta alternatiua*, quorſum pertinet illud, cuius mentio fit in *l. 7. in f. de damn. inf.* Scilicet, ſi, antequam cautio de damno infecto petitur, aedes ruinoſae deciderint, ſi quidem dominus aedium, quae ruerunt, tollere vellet, non (6) Interdictum ex L. 7. de damn. infect.

 aliter

aliter permittendum, quam vt omnia i. e. & quae inutilia eſſent, auf-ferret, & de damno praeterito & futuro caueret: *Quod ſi dominus aedium*, pergit ICtus, *quae deciderunt, nihil faciat, interdictum reddendum ei, in cuius aedes rudera decidiſſent, per quod vicinus compelletur, aut tollere, aut totas aedes pro derelicto habere*, maxime, ſi propter aliquod impedimentum ſibi proſpicere non potuit *l. 8. D. eod.* ante cautionem praeſtitam directo ad damnum reſarciendum haud obligatur; interim tamen *per indirectum* ad hoc cogi poteſt, *ſi rudera tollere vult.* Sed nec ad hoc cogi poteſt, cum ei integrum ſit, aedes; quae nocuerunt, derelinquere, quo caſu omnis obligatio ad damnum reſarciendum exſpirat. Idem adprobat IVLIANVS ICtus in *l. 9. pr. eod.* ibi: *non inique Praetorem curaturum, vt dominus vitioſarum aedium aut damnum ſarciat, aut aedibus careat.*

(7) In proceſſu Executiuo.

§. XIII. In proceſſu executiuo quoque (VII) alternatiua petitio occurrit, praeſertim in Saxonia, quo reus adſtringitur, vt *chirographum ſuum vel recognoſcat, vel iurato diffiteatur.* Omnino enim, antequam condemnari queat, liquidum eſſe debet, vtrum chirographum a debitore ſcriptum ſit nec ne? & de ſcripturae ſinceritate conſtare, id quod aliter fieri nequit, quam ſi eam aut recognoſcat, aut iurato diffiteatur. CARPZ. *de Proc. tit. 22. art. 2. n. 8. ſeqq.*

De effectu clauſulae, ſalutaris.

§. XIV. Ex his adductis ſpeciebus ſatis, ni fallor, apparet, dari obligationes alternatiuas iuris proprie dictas, ita, vt reo ſimpliciter electio competat, adeoque non omnes poſſe ſubſidiarias dici, vti illuſtr. BERGERVS exiſtimat. Concedo quidem, eas ſpecies, quas *in cit. diſſ. de ſentent. tacit. altern. §. 7. ſeqq.* adduxit, recte poſſe dici *ſubſidiarias*, ſi eam, quam §. *antec. IX.* adduxi, excipias, ſed iis haud abſoluitur catalogus obligationum alternatiuarum, quae ex iuris diſpoſitione tales ſunt, vnde pauciſſimae ex his, quas attuli, ab eo relatae ſunt, in quibus, meo quidem iudicio, libellus neceſſario alternatiue formandus eſt, ne alias vitio laboret, & reus praegrauetur, cui electio ſimpliciter in his ſpeciebus competit. Ceterum ſi clauſula ſalutaris libello eſſet adiecta, prout hodie communiter fieri ſueuit, etiam petitio ſimplex tolerari poſſet, quia ex communi practicorum ſententia, quae fere in ius tranſiit, hac clauſula adiecta, illa quoque cenſentur petita, quae de iure peti debuiſſent, vt adeoque libellus ſecundum

iuris

Digitized by Google

iuris diſpoſitionem intelligi debeat, & ſic *tacite alternatiuus* dici queat.

§. XV. Pergo ad alteram claſſem, quando libelli *alternatiue* ſunt formandi ex *diſpoſitione hominis*, ſiue *inter viuos*, ſiue *vltima voluntate* concepta, modo electio penes debitorem ſit, quia alias actor exceptione plus petitionis remouetur §. 34. *I. de action.* Huc pertinent, (I) ſi contractui adiecta eſt *aeſtimatio venditionis gratia*, quippe quae efficit, vt debitor *alternatiue* obligetur, ſiue ad *rem*, ſiue ad *aeſtimationem* praeſtandam, niſi creditori ſpeciatim electio reſeruata fuerit; & ſic in dote aeſtimato data maritus habebit electionem, vtrum malit rem offerre, an pretium earum. Nam addit, declarationis gratia ICtus *in l. 10. in f. de iur. dot. cum illa, aut illa res promittitur, rei electio eſt, vtram praeſtet*, ergo etiam alternatiue conueniendus eſt. Ceterum ſi tantum nudae *taxationis gratia*, ſeu in fauorem mulieris, aeſtimatio adiecta, vt in cauſa deteriorationis vel perditionis conſtet, quid maritus praeſtare debeat? vxor *ſimpliciter* agit ad dotem repetendam, ſi adhuc extat. *l. 21. C. de iur. dot.* idem dicendum de ceteris contractibus, quibus aeſtimatio adiecta eſt. *l. 5. §. 3. commod. l. 7. §. 1. de donat. int. vir. & vxor.* (II) Si in contractu principaliter alterutrum promiſſum, veluti ſi hoc, aut illud, venditum eſt, ſi quidem venditori reſeruata electio, ille alternatiue actione emti eſt conueniendus *l. 34. §. 6. de contr. emt. vent.* ſed & ſi quis ex alio contactu alterutrum promittit, debitoris eſt electio, adeoque alternatiue petitio formanda *l. 2. §. 3. de eo quod cert. loc.* niſi creditor ſibi eam reſeruauerit *l. 112. de verb. obl. l. 95. de ſolut.*

(II) Ex diſpoſitione hominis.

Vel inter viuos, vt (1) in aeſtimatione venditionis cauſſa adiecta.

(2) In promiſſione alternatiua.

§. XVI. Neque aliud dicendum de debito alternatiuo ex vltima voluntate, quatenus reo competit electio. Regulariter quidem legatarius eligit, ſed teſtator heredi electionem relinquere poteſt, quod olim cenſebatur factum, ſi *per damnationem* legatum erat relictum. *l. 19. de legat. 2. l. 29. §. 1. de legat. 3.* Et quamuis hodie formulae legatorum ſint ſublatae, vt nulla amplius diuerſitas ſupereſſe videatur, quibus teſtator vſus ſit verbis, quoad effectum tamen *electionis* adhuc hodie multum refert, quibus verbis legatum conceptum. Quid enim ſi teſtator dixerit: Mein Erbe ſoll ſchuldig ſeyn, Caio entweder meinen Garten oder Wieſe zu geben, annon heredi, ad

Vel mortis cauſſa.

quem verba ſunt directa, electio competit, & annon alternatiue conuenidus erit? quod recte aſſerunt B. HERTIVS cit. l. ſect. 3. §. 3. B. STRYCK. vſ. mod. tit. de legat. §. 3. Limitatur tamen, niſi heres *ex accidente* electionem amiſerit. Hoc contingere poteſt (1) Si ante diem legati cedentem alterutrum perierit, quia tunc, quod ſupereſt in obligatione ſimpliciter manet. (2) Si heredi certus dies, quo ſtatuere poſſit, quid praeſtare velit, praefixus eſt: quod ſi enim eo die non dixerit, hanc an illam rem praeſtare malit, legatariis ſalua eſt electio, & ſic alterutrum ſimpliciter petere poſſunt, *l. 11. in f. de legat. 2.*

His caſibus etiam contra heredem alternatiue agendum.

§. XVII. Neque vero hoc modo tantum cum principali debitore, ſed etiam cum ipſius herede agendum eſt alternatiue, cum regulariter heres eodem modo obligetur, quo defunctus obſtrictus fuit. Limitandum hoc cenſent in alternatiua vltima voluntate conſtituta per *l. 24. & 67. §. 7. de legat. 2.* vt electio per mortem heredis exſtinguatur, HERTIVS *d. l. ſect. 4. §. 3.* DIONYS. GOTHOFRED. *ad cit. l. 67. §. 7. lit. d.* Sed hoc indiſtincte admitti nequit, quin potius attentendum, vtrum alternatio ſit intuitu rerum legatarum, an perſonarum, quibus legatum praeſtandum? Priori caſu electio aeque ad heredem heredis tranſit, ac ad legatarii heredem, ſi ille ante electionem mortuus ſit, *l. 19. de option. legat.* ex communi iuris ratione, quod haeres aeque obligetur, vti defunctus: poſteriori vero videndum, vtrum certum tempus electioni praefinitum, nec ne? ſi prius, poſt tempus elapſum perit electio, & huc pertinet deciſio *l. 67. §. 7. de leg. 2.* vbi fideicommiſſum ita conceptum erat: *Rogo fundum, CVM MORIERIS, reſtituas ex libertis, cui voles.* In hac ſpecie heres ante mortem eligere debuit, id quod ſi non fecit, electio morte eius exſtinguitur, & ſic *defuncto eo, prius quam eligat, petent omnes*, quod confirmatur per ea, quae dicta ſunt *in fin. §. praeced.* Sin poſterius, omnes ad petitionem etiam admittuntur, niſi ſtatim eligat, cui dare malit *l. 24. de leg. 2.* Ex quo fluit, ſi certum tempus heredi praefinitum, & intra illud deceſſerit, heredi eius adhuc ſaluam eſſe electionem.

CAP.

Digitized by Google

CAP. III.
DE
Libellis alternatiuis dubiis.

§. I.

MAior numerus eſt eorum libellorum, de quibus dubitatur, vtrum alternatiue ſint neceſſario formandi? an vero ſimpliciter? & denique, vtrum, ſi alternatiue formati fuerint, ſubſiſtere queant, an vero reiici, vt inepti, debeant? Ratio horum dubiorum inde emerſit, quod naturam alternationis plerique non recte euoluerint, nec eas praecautiones, quas *cap. 1.* tradidi, ſedulo perpenderint animo, quibus tamen obſeruatis, dubia facile diſſolui queunt. Cauſſa dubiorum circa libellos alternatiuos.

§. II. Vt itaque iuxta obſeruationes *cap. 1.* traditas procedam, §. XV. eius capitis dixi: non eſſe obligationem alternatiuam, quando non alterutrum, ſed vnum idemque tantum eſt in obligatione ſeu debito, vtut ex lege ad aliud quid praeſtandum facultatem habeat debitor: ad quod enim praeſtandum, extra nexum, reus ex legis diſpoſitione *facultatem* habet, nullam *obligationem* inducit, nec pars obligationis dici poteſt, cum facultas non neceſſitatem, ſed libertatem agendi denotet. Huc refero (1) caſum laeſionis vltra dimidium in emtione ſimilibusque contractibus. Aiunt Imperatores in *l. 2. C. de reſc. vend. Rem maioris pretii, ſi tu, vel pater tuus, minoris diſtraxerit, humanum eſt, vt pretium te reſtituente emtoribus, fundum venundatum recipias autoritate iudicis intercedente.* Atque hoc ipſum tantum in obligatione ſeu debito emtoris eſſe videtur, qui adeoque non alternatiue, ſed ſimpliciter tantum obligatus eſt. Poteſt tamen, ex legis diſpoſitione, ſe ab hoc debito liberare, ſi, quod deeſt iuſto pretio, ſoluat, quod patet ex verbis ſequentibus: *vel ſi emtor elegerit*, h. e. voluerit, *quod deeſt iuſto pretio, recipias.* Hoc itaque debitoris ſ. emtoris facultati relictum, vt, ſoluendo quod deeſt iuſto pretio, ſe liberare queat, quia, hoc facto, omnis venditoris querela, fundamentumque actionis ceſſat; quod in laeſione vltra dimidium conſiſtit. Clarius idem euincitur ex *l. 8. C. eod.* vbi Imperatores praemittunt, *ad reſcindendam venditionem* non ſufficere, ſi actor alleget, quod paulo minore pretio fundum vendiderit; additur tamen limitatio: *niſi minus dimidia iuſti pretii,* *quod*

(a) neglectus obſeruationis §. 15. cap. 1.

Huc pertinent exempla (I) actio ex l. 2. C. de reſc. vend. vbi

Redditio rei emtae eſt in obligatione.

Aſt ſolutio, quod deeſt iuſto pretio, in facultate emtoris.

quod fuerat tempore venditionis, datum eſſet, quae exceptio docet, eo caſu recte agi poſſe ad reſcindendam venditionem, *electione tamen emtori praeſtita ſeruanda*, quae non obligationem alternatiuam inducit, ſed tantum, prout dictum, innuit, eum ſe poſſe liberare a neceſſitate rem reſtituendi, ſi, quod deeſt iuſto pretio, ſupplere malit. Vtrumque autem non eſſe in obligatione, vel inde liquet, quod actor vnice ſe fundet in *laeſione enormi*, adeoque, per indirectum, defectum conſenſus, h. e. exceptionem erroris, praecipitantiae, & minus deliberati animi alleget, quae ad contractum reſcindendum ſufficiens eſt, maxime qui bonae fidei eſt. Illuſtr. DN. COCCEII *Diſſ. de elect. rei conuent. ex enorm. laeſ. ſect. 1. §. 6.* GVTIEREZ *lib. 2. pract. quaeſt. 136.* Deinde quando inquiritur, quo remedio laeſi vti debeant? euidens eſt, *ordinarium* deficere, neque ex contractu agi poſſe, cum ex contractu nullum actori competat ius ad reſcindendum contractum, ſed potius Imperatores reſpexerunt *ad extraordinarium reſtitutionis in integrum*, quod primario in *laeſione*, concurrente *aequitate*, ſe fundat. Vtrumque hic adeſt: legislatores enim *enormem laeſionem* ſupponunt, quae primario in *reſtitutione maiorum* occurrit; deinde deciſionem ſuam fundant in aequitate, dum aiunt, *humanum* eſſe, vt actori, reſciſſionem vrgenti, ſuccurratur; in reſtitutione autem non adeſt alternatiua obligatio. Ceterum ſi emtor ſupplet, quod deeſt iuſto pretio, *laeſio* & *aequitas* ceſſat, & ita quoque reſtitutio in integrum actori amplius indulgeri nequit. B. STRYCK. *in vſ. mod. ad tit. de reſt. in integr.* §. 2. PINELLVS *ad d. l. 2. p. 2. c. 1. n. 26.*

Hinc (1) libellus alternatiue formandus non eſt;

§. III. Neque haec obſeruatio otioſa eſt, ſed ſuos habet inſignes effectus. Nam (1) inde fluit, libellum non alternatiue eſſe formandum, ſed *ad reſcindendum contractum* dirigendum, pro natura remedii, quod intentatur: quod ſi tantum *ad ſupplementum iuſti pretii* ageretur, vitioſus foret libellus, quippe quod non eſt in *obligatione*, licet ſit in *facultate* debitoris. Quid ſi tamen alternatiue petitum ſit, daß der geſchloſſene Kauff zu reſcindiren, oder Beklagter den rechten Werth des Kauff-Pretii ergäntzen müſſe, an libellus reiiciendus eſt? Ego id nullo modo exiſtimo. Nam (1) *cap. 1. §. f.* oſtendi, petitum libelli ita eſſe intelligendum, prout ratio iuris id poſtulat, adeoque petitum hoc non alternatiue, ſed hoc modo intelligendum, vt, emtio reſcindatur, *niſi reus defectum iuſti*

Licet nec tanquam ineptus reiiciendus ſit.

preti

pretii ſupplere malit. Hanc interpretationem ſuggerit aequitas, licet *ſtricto iure* diuerſum videatur. (2) Tacite hoc petito alternatiuo expreſſum intelligitur, quod in facultate rei poſitum eſt; neque verba tam amare & prout iacent, intelligenda, ſed eo, quo debebant proferri, ſenſu accipienda, (3) accedit, quod plures alternatiuam obligationem hic ſubeſſe credant, exiſtimantes, de neceſſitate libellum alternatiue eſſe concipiendum, quod defendit LAVTERBACH. *ad tit. de reſc. vend.* §. 47. cum decretalium interpretibus, adeoque actor excuſandus videtur, qui tantorum ICtorum autoritate ductus libellum alternatiue formauit, praeſertim cum (4) in eiusmodi dubiis iuris articulis pro aptitudine libelli pronunciandum ſit.

(2) Condemnatio ſimpliciter ad reſtitutionem rei emtae dirigenda.

§. IV. Deinde (II) inde fluit, iudicem, probata laeſione, reum condemnare debere ad rem reſtituendam: quod enim principaliter in lite eſt, ad id ſententia dirigenda, iam vero principaliter in hac actione id quaeritur: vtrum laeſus contra emtionem reſtitui debeat? quamuis iudex euentualiter adiicere poſſet, es wolte denn Beklagter den Mangel des rechten Werths des Kauff-Pretii erſetzen, ſo iſt er alsdann bey dem geſchloſſenen Kauff zu ſchützen. Hic vero ALEXANDER III. Papa in alia omnia iuit *in c. 3. X. de emt. vendit.* errore communi antiquorum interpretum deceptus. Agebant Canonici contra Abbatem quendam, proponentes, quod in venditione ſyluae cuiusdam vltra dimidium laeſi eſſent. Dederat Pontifex delegatos iudices, qui, probata laeſione, pronunciarant, *venditionem non tenere*; appellatione ad ſedem Apoſtolicam facta & ſuſcepta, Pontifex, *habita, cum fratribus & aliis ſapientibus, qui legibus iurati iudicant, deliberatione, allegabat, eandem ſententiam iuri contrariam ſe intellexiſſe. Quia vero*, pergit, *in arbitrio emtoris eſt, ſi velit ſupplere iuſtum pretium, aut venditionem reſcindere, cum res minus dimidia iuſti pretii comparatur, ſententiam ipſam, tanquam iuri contrariam, irritantes, poſſeſſionem monachis iudicauimus eſſe reddendam.* Videtur Pontifici ex leguleiorum ſuggeſtione, ſententia optime lata, iuri contraria fuiſſe, ideo, quod *ſimpliciter* ad reſcindendum contractum directa fuerit, cum potius alternatiue ferenda fuiſſet. Non ergo mirandum, quod Canoniſtae ad vnum omnes, quos BARBOSA, GONZALEZ, GRANNANIETO aliique ad h. t. conglomerant, aſſerant, libellum alternatiue eſſe concipiendum, & ſententiam quoque alternatiue ferendam, prae-

Notatur diſpoſitio iuris canonici.

Digitized by Google

ſertim cum INNOCENTIVS III. Pontifex *in c. 6. X. eod.* idem confirmaſſe videatur, ſententiam ferendo alternatiuam: *vt praefati ciues aut recepto pretio poſſeſſiones reſtituerent memoratas, aut ſupplerent, quantum conſtaret, legitimae venditionis tempore, iuſto pretio defuiſſe.* Inſignis itaque hic difficultas naſcitur, annon in praxi ius Canonicum ſequendum ſit, quippe quod in decidendo vbique magnam autoritatem accepit, maxime ſi ſententia iuris ciuilis dubia, iuris Canonici vero certa ſit. Ego vero, quamuis ſciam, in praxi multum auctoritati iuris Canonici tribuendum eſſe, non tamen adeo ſuperſtitioſus ſum, vt vbique eius auctoritati ſtandum eſſe crediderim. Diſtinguo potius, vtrum ius Canonicum ex ratione praetenſae pietatis vel aequitatis conſulto a iure ciuili receſſerit, an vero eius deciſa ſequi intendat, ſed ex errore falſam deciſionem formet? Priori caſu ius Canonicum praeferri ſolet in praxi ex rationibus, quas adduxit DN. PRAESES *in tract. de iure eccleſ. Proteſtant. ad tit. de conſtitut.* qualis caſus tamen hic non adeſt. Poſteriori vero admodum dubito, vtrum erroneae interpretationes iuris Canonici ſequendae ſint, quia Pontifex noluit ius ciuile corrigere, ſed tantum ad caſus propoſitos applicare, quamuis in applicatione deceptus fuerit. Similes errores paſſim occurrunt, inter quos quoque valde notabilis eſt caſus in *c. 5. X. de teſtament.* quo Pontifex reprobat legatum rei alienae, ſed ius ciuile non intellexit, & erronee interpretatus eſt. Neque obſtat, quod eadem autoritas iuri canonico tribuenda ſit in interpretatione iuris ciuilis quam obtinet in correctione. Nam (1) quod correctiones in praxi magnam obtineant autoritatem prae iure ciuili, peculiares ſunt rationes: (2) quando Pontifex in Decretalibus ad ius ciuile prouocat, illudque erronee applicat, non interpretem, ſed iudicem agere voluit, adeoque intentio eiusdem videtur fuiſſe, non vt leges authentice interpretaretur, ſed potius *bona fide* credidit, ſe ſenſum iuris ciuilis in *applicatione* aſſecutum fuiſſe, quamuis bona fide deceptus fuerit. Denique (3) ius Canonicum in praxi proteſtantium cum grano ſalis accipiendum, nec abſolute & vbique ei inhaerendum eſt.

Cuius tamen autoritas hoc caſu in praxi poſthabenda iuri ciuili.

§. V. Tandem (III) inde fluit (quod potiſſimum obſeruat DN. COCCEIVS *d. diſſ. ſect. 2. §. 5. ſeqq.*) quod re peremta apud emtorem, venditor laeſus amplius agere nequeat, cum reſtitutioni nullus poſſit eſſe locus. Si alternatiua adeſſet obligatio, ſi pretii ſupplementum

(5) Re apud emtorem peremta venditori laeſo

tum eſſet in obligatione, hoc peti poſſet, cum, alterutro ex alternatiuis peremto, id, quod ſupereſt, debeatur ſimpliciter, quod tamen hic dici nequit. Poſſem adhuc plures addere effectus, tum ratione fori, tum ratione emtoris laeſi, cui SCHIFFORDECHERVS *ad Anton. Fabrum lib. 3. tr. 13. qu. 5.* remedium hoc denegat, quod tamen minime ei denegandum eſt, ex rationibus adductis, ſed vela contrahenda ſunt, ne meditatio nimis excreſcat. non competit querela L. 2. C.

§. VI. Porro (II) huc refero actiones noxales vel ex delicto priuato ſeruorum competentes, vel ex pauperie manſuetarum beſtiarum. (II) Actiones noxales, Has alternatiuas eſſe quidam cenſent, & ſic libellum quoque alternatiuum hic fingunt, BERLICH. *P. 1. concl. 12. n. 14.* MARTINI *ad Proc. Sax. tit. 5. §. 1. n. 89.* Sed iure prorſus repugnante. Nam (1) in *pr. l. de noxal. act.* diſertis verbis dicitur, quod his actionibus *domino damnato* PERMITTATVR, *aut litis aeſtimationem ſufferre, aut ipſum hominem noxae dedere.* Damnatur ergo ſimpliciter ad litis aeſtimationem, ſed poſt condemnationem *permittitur*, ſeu *facultatem* habet, ſe a litis aeſtimatione liberandi per noxae deditionem. (2) Euidentius hoc apparet ex *l. 6. §. 1. de re iud.* quae deciſio obſeruationem §. 2. adductam perſpicue confirmat. Ait ICtus: *Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur, facultatem enim noxae dedendae ex lege accepit*, h. e. non obligatur ex cauſſa iudicati, niſi in decem, quod debitum tantum in obligatione eſt: noxae deditio autem tantum ad facultatem rei ſpectat, cum ex diſpoſitione legis poſſit, ſi velit, ſe a praeſtatione damni liberare deditione, adeoque nulla hic adeſt obligatio alternatiua, quod vt euidentius demonſtret, addit hanc diuerſitatem: *At is, qui ſtipulatus eſt, decem aut noxae dedere, non poteſt decem petere, quia in ſtipulatione ſingula per ſe veniunt* (h. e. vtrumque aeque principaliter in obligatione alternatiua eſt) *eaque ſingula ſeparatim ſtipulari poſſumus, at iudicium ſolius noxae deditionis nullum eſt, ſed pecuniariam condemnationem ſequitur* (adeoque ſententia alternatiue non ferenda) *noxae deditio in ſolutione eſt, quae a lege tribuitur*, adeoque in obligatione haud eſt, ſed ad *beneficium* condemnati pertinet, ſi velit potius noxae dedere ſeruum, quam iudicatum ſoluere. Reuera *beneficium* reo indulgeri, vel inde apparet, quod ſententia, quae in rem iudicatam tranſiit, iuſtam debendi cau- Libellum alternatiuum non admittunt,

irrita fieri; ſero nimis ſentiant. Addit deinde exemplum, vbi poſt fata duorum annorum, libellus huiusmodi reiectus eſt, qua de re inter alia literis ad ſe datis ILLVSTREM STRYCKIVM quondam conqueſtum eſſe addit. Interim, clauſula ſalutari adiecta, facilius ſuſtineri libellum talem aſſerunt, vid. B. STRYCK. *in vſ. mod. tit. de diſtract. pign. §. 2. in f.*

§. VIII. Equidem, ſi ſecundum rigorem iuris iudicandum eſt, cogor in poſteriorem ſententiam ſecedere. Eſt actio hypothecaria mere realis & ad rem hypothecae ſubiectam perſequendam tendit, adeoque bellum petitum non aliter, ſecundum naturam huius actionis, quam hoc modo, formari poteſt, daß Beklagter das qu. und mir verſchriebene Unterpfand ſo lange einräumen müſſe, biß ich wegen meines Capitals, intereſſe und Unkoſten befriediget worden. Ad ſoluendum debitum poſſeſſor nullo modo obſtringitur, quia creditor cum eo haud contraxit, nec aliud fundamentum obligandi adduci poteſt. Vindicatio autem hypothecae non poſſeſſorem obligat, ſed rem ſequitur, vt aiunt Impp. in *l. 2. C. ſi vnus ex plur. hered.* Diuerſa eſt ratio ipſius debitoris, hypothecam poſſidentis, vt & heredum debitoris, hypothecae ſubiectas res diuiſim poſſidentium, qui conueniri poſſunt, *vt vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant,* vt dicitur, *in cit. l. 2.* Sed haec alternatiue petendi ratio non proficiſcitur ex natura actionis hypothecariae, ſed potius ex cumulatione huius cum perſonali ex debito, adeoque ad alternatiuas remediorum referri debet. Stricto quidem iure libellum alternatiuum reſpuit.

§. IX. Quae in contrarium vrget MVSAEVS, huc fere redeunt, quod hypotheca nequeat concipi ſine debito, quod obligationem perſonalem ſemper praeſupponat, quod eius ſolutionem eſſentialiter connotet, quod hypotheca ſit acceſſorium debiti principalis &c. Vera quidem haec ſunt, ſed pro libello alternatiue formando non concludunt; hypotheca praeſupponit debitum principale, ſed non ſemper in poſſeſſore eius, adeoque hic quoque ad debitum ſoluendum non obſtringitur. Ait quidem MARCIANVS *in l. 13. § 4. D. de pignor.* quod *hypothecaria actio ſuas conditiones habeat, i. e. ſi ſoluta eſt pecunia aut ſatisfactum; quibus ceſſantibus teneat, & in l. 16. §. 3. eod.* Idem ICtus vlterius aſſerit: *ſi vero is, cum quo actum eſt, rem poſſideat, & aut pecuniam ſoluat, aut* Quicquid diſſentientes obmoueant.

rem

rem reſtituat, aeque abſoluendus eſt. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio ſequetur; verum nec inde libellus alternatiuus defenditur. Videlicet perſecutio hypothecae eſt tantum in ipſa actione, eiusque fundamento, & ita ad hanc petitum libelli dirigendum: ſolutio autem debiti ad *facultatem*, tertio poſſeſſori a lege conceſſam, pertinet, vt hac facta, a perſecutione hypothecae, & executione ſe liberare queat. Poteſt, ſi vult, debitum ſoluere, ſed nullo iuris vinculo ad hoc adſtringitur: quod autem non eſt in obligatione, ad hoc *ſtricto iure* non eſt dirigenda concluſio libelli. Euidenter hoc conſtat ex *l. 12. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu.* vbi PAVLVS ita cenſet: *Qui pignoris iure rem* ſimpliciter *perſequuntur a vindicatione rei eos remoueri ſolere, ſi qualiscunque poſſeſſor offerre VELLET: neque enim debet quaeri de iure poſſeſſoris, cum ius petitoris remoueatur, ſoluto pignore.* Remouetur itaquae actor, qui ius ſuum in re perſequitur, executionem vrget, iudicato inhaeret, & praeciſe hypothecam poſſidere intendit, ſoluto debito, quia ita omne eius ius ceſſat, & fundamentum agendi & exequendi deficit. Quin adeo ad *facultatem* tertii poſſeſſoris haec oblatio debiti ſpectat, vt poſſit cogere creditorem, vt ius nominis ei cedat. *l. 19. D. qui pot. in pign. hab.*

Aſt ſana, ſecundum leges, interpretatione adhibita, reiiciendus non eſt.

§. X. Interim quamuis de rigore iuris, quem cauſidici in foro Romano, formulis & carminibus antiquis addictiſſimo, ſequi tenebantur, haec ſint veriſſima; alia tamen quaeſtio eſt, *an libellus alternatiue formatus ea propter reiiciendus ſit?* Equidem cum in praxi quidam adeo ſuperſtitioſi ſint, vt etiam minutias in libello, iuſtitiae adminiſtratione, quae maturanda erat, poſtpoſita, obſeruandas eſſe cenſeant, conſultum eſt, vt iudex ſtatim ex officio talem libellum, antequam reo communicetur, & citatio decernatur, reiiciat, & conuenientiorem concluſionem iniungat, prout cenſuit DN. PRAESES *in tr. de iur. Eccleſ. Proteſt. lib. 1. tit. 32. §. 36. in f.* Aſt ſi ſemel libellus admiſſus, ſi cauſſa inſtructa eſt; durum admodum eſt, talem libellum, ex praeconcepta quadam opinione & ſubtilitatis amore, reiicere, qui tamen, prout in ante adductis exemplis oſtdendi, ſana interpretatione ſaluari, & ad intellectum iuris reduci poteſt, hoc modo, *vt rem hypothecae ſubiectum actori, reſtituat, niſi beneficio offerendi debitum vti malit.* Neque enim

Nec inde reo

alia

alia intentio in petito actoris fuiſſe videtur, quam quae iuri conueniens eſt. Hac interpretatione admiſſa, facile remouetur dubium, quando vrgent, praeiudicium ingens poſſeſſoris verſari, admiſſo libello alternatiuo, quia, re extincta, teneretur praeciſe ad ſoluendum debitum. Verum hoc praeiudicium tunc metuendum eſſet, ſi quis intenderet, libellum hunc proprie alternatiuum & vtrumque in obligatione eſſe. Aſt, quia hoc negatur, & aſſeritur, verba non ſecundum eorum externam figuram, & prout iacent, h. e. alternatiue, eſſe intelligenda, ſed in ſenſu iuris, omne dubium ceſſat; Proinde cum in caſu, quem Pontifex *in c. 5. X. de pignor.* adducit, mulier, intuitu dotis, contra tertium poſſeſſorem bonorum mariti, hoc modo egiſſet, *vt aeſtimatio dotis ſibi reſtitueretur, vel in poſſeſſiones, quae mariti fuerant, induceretur*, petitio haec haud fuit reiecta, aut inepta iudicata, quin potius deſuper in fauorem vxoris pronunciatum. Obſeruant id ipſum communiter interpretes *ad cit. tx.* & ideo hunc libellum admiſſum fuiſſe cenſent, quia vnum fuit in obligatione, & aliud in facultate, quo caſu alternatiuum libellum admitti poſſe docent, GRANNANIETTO *ad cit. c. 5. n. 5.* BARBOSA *ad d. text. n. 5.* praeiudicium metuendum.

§. XI. Quae cum ita ſint, ad *officium iudicis* pertinet, in pronunciando ſequi iuris rationem, non vero externum verborum corticem, quem concluſio libelli prae ſe fert, quamuis euentualiter, quod ad *facultatem* rei ſpectat, addi vtiliter poſſet, vt de mente libelli conſtet: Daß Beklagter, einwendens ohnerachtet, das qu. Hauß Klägern einzuräumen ſchuldig, er wolte dann die darauf hafftende Schuld der 2000. Rthlr. nebſt reſtirenden Zinſen freywillig bezahlen, ꝛc. Directo ſane eum ad ſoluendum debitum condemnare nequit, & ſi hoc faceret, ſententia, meo iudicio, foret ipſo iure nulla. Equidem Pontifex in ſupra citato *cap. 5. X. de pignor.* huius obſeruationis rationem non habuit, ſed pro muliere, contra tertium poſſeſſorem *alternatiue* agente, pronunciauit, *reum mulieri ad reſtitutionem dotis eſſe condemnandum, quatenus de bonis fratris ſui noſcitur poſſidere.* Sed *ſupra* iam obſeruaui, Pontificis deciſiones, ſi ad ius Ciuile & trutinam veritatis examinantur, multis ſcatere erroribus, quibus etiam accenſendum hoc ipſum exemplum eſſe Sententia, quomodo a iudice concipienda.

 credo,

credo, quod tertius poſſeſſor hypothecae ad debitum ſoluendum condemnatus *directo* fuerit, quo nihil abſurdius fingi poteſt. Quod tantum eſt in facultate poſſeſſoris, ad hoc nullo iure condemnari poteſt.

(b) Confuſio obligationis alternatiuae & ſubſidiariae.

§. XII. Atque haec ſufficiant de prima obſeruatione. Aliam etiam *c. 1. §. XI. ſeqq.* ſuppeditaui: *non confundendam eſſe obligationem alternatiuam cum ſubſidiaria*; quamuis enim vtrumque videatur in obligatione eſſe, non tamen aequaliter ſeu *aeque principaliter* & praeciſe, alterum vero *in ſubſidium*, ſi prius praeſtari non poſſit ob moram, culpam, vel procaciam debitoris. Hic generaliter praemitto, libellum non neceſſario alternatiue formandum, ſed potius dirigendum ad id eſſe, quod principaliter eſt in nexu. Neque enim, quod in ſubſidium debetur, promiſſum eſt, & eius ratio tunc ſaltim habetur, ſi ex poſt facto adpareat, id praeſtari non poſſe, quod principaliter debetur. Neque vero dicendum, hoc, quod in *ſubſidium* debetur, ad *facultatem* debitoris pertinere, vt poſſit libere, ſi velit, illud eligere, nam hoc falſum eſſe *cit. loc.* ſatis ſuperque oſtendi, & exemplis declaraui, adeoque in hoc praeſens obſeruatio a praecedente euidenter differt. Quid enim ſi quis aedes mihi vendidit, an *facultatem* habet *intereſſe* mihi offerendi? Si hoc, rem praeciſe petere non poſſum, ſed oblatione hac contentus eſſe cogor. Aſt hoc minime aſſerendum, cum intereſſe tantum debeatur eo caſu, quo res vendita ob culpam vel procaciam venditoris praeſtari non poteſt.

Libellus alternatiuus itidem reiiciendus non eſt.

§. XIII. Interim, ſi actor etiam hiſce in caſibus *alternatiue* agit, libellus minime ineptus iudicandus, ſed rurſus iuxta ſenſum & mentem iuris accipiendus, vt concluſio libelli non tam pro *alternatiua*, quam potius *ſubſidiaria* habeatur, quod commode exprimi ſolet hac clauſula: Oder, in Entſtehung deſſen, veluti ſi emtor actione emti ageret. Daß Beklagter mir das qu. Korn liefern, oder, in deſſen Entſtehung, das intereſſe praeſtiren müſſe. De poenali ſtipulatione idem dicendum eſſe *cap. 1. §. XII.* iam obſeruaui, quamuis enim DN. BERGER *diſſ. de ſent. tac. altern. §. 5.* iudicet, quod poena, contractui adiecta, ſemper *obligationem alternatiuam* producat, hoc tamen cum grano ſalis accipiendum, eo ſenſu, quo *improprie* hae, quae ſubſidiariae ſunt, etiam *alternatiuae* dici ſolent.

Notatur Bergerus, quod ſtipulationes poenales pro alternatiuis habuerit.

Proinde

Digitized by Google

Proinde poenae electio non ad *arbitrium debitoris* pertinet, ſed potius *creditoris*, in cuius fauorem eſt adiecta, ne probatione eius, quod intereſt, nimium praegrauetur, cuius determinationem conuentam continet. *l. 68. D. de Verb. obl.* imo *conditionate* ſolebat olim adponi: *ſi ita factum non erit l. 71. eod. ſi mihi pecuniam non credideris d. l. 68. eod. ſi ſors ſoluta non eſſet l. 5. §. 4. eod.* quod autem in conditione poſitum eſt, non ſtatim *pure* debetur, vel aeque principaliter, ſed tunc demum, ſi euentus ſecutus haud fuerit.

§. XIV. Vnde quatuor emergunt concluſiones, (1) poſſe creditorem *ſimpliciter agere* ad id, *quod principaliter debetur*, praeſtandum, veluti ad tranſactionem implendam, nec debitorem liberari, ſi offerre velit poenam, quae ad cautionem creditoris eſt adiecta, quatenus tamen id, quod principaliter debetur, adhuc a reo praeſtari poteſt: (2) poſſe etiam debitorem *ſimpliciter* ad hoc *condemnari*, &, ſecundum iudicatum, executionem fieri, veluti ſi pro implemento tranſactionis traditionem aedium promiſiſſet, nec hanc executionem impediri per oblationem poenae, quippe quae non eſt in *facultate* debitoris, adeoque hanc ſententiam non poſſe dici *tacite alternatiuam*, (3) poſſe etiam creditorem ſimpliciter *poenam* perſequi, ſi contra principalem obligationem factum eſt, quia ſic conditio extitit, & poena committitur. *l. 5. §. 4. l. 38. §. 14. & 17. de Verb. obl.* denique (4) poſſe etiam alternatiue agi eo ſenſu, quem antea ſubieci, non quod ita electio reo libera tribuatur, ſed quod potius id exprimatur, quod in obligatione eſt. Iam autem poena tantum *in ſubſidium* eſt in obligatione, ſi principali obligationi ſatis fieri amplius nequeat.

Libellus hic admittitur, tam ſimplex ad rem principaliter debitam,

vel ad poenam directus,

quam alternatiuus.

§. XV. Ex hoc quoque prono alueo illud fluit, in obligatione faciendi non eſſe neceſſario libellum alternatiue formandum, vt *aut factum, aut intereſſe* praeſtet, quod ex iis, quae *c. 1. §. XIII.* tradidi, euidens eſt. Praeſtatio eius, quod intereſt, proprie haud referenda ad *facultatem* debitoris, ſed ſpectat ad id, quod in ſubſidium debetur. Proinde quaeſtio enaſcitur, an, ſi iudex reum ad factum praeſtandum condemnauit, mandatis poenalibus eum conſtringere poſſit, vt iudicato ſatisfaciat, & an, ſi non ſatisfecerit, poenam exequi poſſit, non obſtante, quod ad intereſſe ſeſe offerat? quod affirmandum cen-

In obligatione faciendi Libellus eſſe poteſt ſimplex

cenſeo, quia aliud pro alio inuito creditori obtrudere haud poteſt debitor. Sed quia abſoluta compulſio hic deficit, quia praeterea a regulis prudentiae alienum eſt, aliquem inuitum ad faciendum compellere, tandem creditor cogitur loco eius, quod principaliter in obligatione eſt, id quod intereſt, accipere. Sed quid ſi alternatiue libellus formatus? ne ſic quidem reus liberam electionem haberet, quippe qui ſecundum naturam obligationis, in qua ſe fundat, intelligi debet.

& alternatiuus.

Ex pactis reſolutiuis contractui adiectis agi poteſt ſimpliciter.

§. XVI. Simile iudicium formandum eſt de pactis reſolutiuis, quae contractibus adiici ſolent, veluti vt, oblata meliori conditione, vel pretio ſua die non ſoluto, res ſit inempta. Exiſtente tali conditione, creditoris ſeu venditoris eſt, an velit ab emptione recedere, an vero contractum initum ſeruare *l. 9. D. de addict. in diem L. 4. §. 2. de lege commiſſ.* neque poteſt emptor hoc caſu a contractu reſilire. Idem dicendum eſſe exiſtimo de caſu, ſi alicui praedium eſt oppignoratum pro certa pecuniae quantitate, hoc pacto, vt, ſi debitor in termino non ſolueret, molendinum ea pecunia, quam mutuo dediſſet, creditor emtum haberet. Quodſi enim, veniente die ſolutionis, debitor ſoluere nollet, ſed molendinum creditori ex pacto cedere mallet, haud eſt audiendus, ſed creditor pecuniam ex mutuo recipere debet, quoniam illud pactum *in ſubſidium* ad cautionem creditoris adiectum eſt. MOLLERI, *ſemeſtr.* 27. conf. RESP. ALTDOFF. 105. *n. 5. ſeqq.*

Cautionem ab herede legatarii exigere poſſunt vel ſimplici libello,

vel alternatiuo.

§. XVII. Porro heres, qui ſub conditione, vel in diem legata ſoluere debet, cautionem eo nomine praeſtare compellitur, atque haec principaliter eſt in obligatione, & ita quoque haec *ſimpliciter* a legatariis peti poteſt. *In ſubſidium* demum miſſio in poſſeſſionem decernitur, ſi heres contumax eſt; adeoque huius in petito libelli non eſt praeciſe mentio facienda, quamuis fieri poſſit; quo ipſo euenit, vt petitum alternatiuum eſſe videatur. Haec eſt ſententia *l. 1. §. 2. vt legat. ſeu fideicom.* vbi dicitur: *ſed aut ſatis dabitur ei, aut ſi ſatis non datur, in poſſeſſionem bonorum Praetor venire voluit?* haec propoſitio minime alternatiua, ſed *ſubſidiaria* dicenda, quod indicant verba, *aut, ſi ſatis non dabitur*, h. e. in caſu contumaciae miſſio decernenda, quippe quae eſt ordinarium contra contumaces cogendi medium.

§. XVIII.

§. XVIII. Eadem obligatio eſt in legato rei alienae; quam teſtator *alienam* eſſe ſciuit, quia heres principaliter obligatur ad eam redimendam, *vel, ſi eam non poteſt redimere*, ad aeſtimationem eius ſoluendam, vt diſponitur in *§. 4. I. de legat.* In ſubſidium ergo debetur aeſtimatio, *ſi heres eam redimere non poteſt*, id quod ante omnia tentare debet. Quare minime libellus ineptus dicendus, ſi *ſimpliciter* legatarius rem legatam petierit, ſicuti & ad hoc per ſententiam condemnari poteſt, quia illa principaliter in obligatione eſt: ſed etiam alternatiue formatus tolerandus, quia ea ſententia in petito expreſſa cenſetur, quae legum menti conuenit.

Rei alienae legatum perſequi poſſumus

vel ſimpliciter

vel alternatiue.

§. XIX. Denique obſeruaui etiam *cap.* I. in praxi ex accidente libellum poſſe fieri alternatiuum ex cumulatione remediorum, quam alternationem a noſtro ſcopo alienam dixi. Status enim controuerſiae *de libellis alternatiuis* potiſſimum huc rediit, an libellus alternatiuus *in ſimplicibus remediis* admittendus ſit? Quod ſi namque duo remedia intendantur, illa vel *ad diuerſa* tendunt, & ſic vtrumque peti ſimul poteſt: vel *ad idem*, & quidem ex duplici fundamento, quo caſu alternatiue vtrumque fundamentum allegari ex iuſta cauſa poteſt, quam *cit. l.* adduxi, quamuis alterutro idem obtinere intendamus. Hoc caſu alternatiua eſt petitio non intuitu *rerum*, ſed *remediorum*, quorum in progreſſu litis actor alterutrum tantum perſequi, & iudex ex alterutro reum condemnare poteſt. Quamuis itaque regula de ineptitudine libelli alternatiui vera eſſet, hi caſus tamen minime ad exceptionem referri poſſent, vtpote qui non ſunt de regula, quae de remediis ſimplicibus intelligenda. Fruſtra ergo plerique, qui hanc regulam tradunt, tales exceptiones adducunt, quae huc ſpectant, vt vel tradita DOERINGII, BLASII ALTIMARI, BERLICHII & GAILII docent.

(c) Impertinens alternatiuae remediorum immixtio.

§. XX. Superſunt adhuc tres caſus celebriores, quibus vt plurimum libellum alternatiuum, qui ſimpliciter formandus eſſet, admittendum eſſe cenſent: (1) in *cauſis mercatorum*, quippe in quibus apices iuris attendi non ſolent; CARPZOV. *P. 1. C. 2. Def. 10.* MEVIUS *ad ius Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 21. n. 3.* (2) in cauſa *ſpolii*, DOERING. *in biblioth. iur. ſub voce alternatiua n. 207. lim. 25.* BERLICH. *P. 1. concl. 12. n. 24.* in qua itidem de plano proceditur. (3)

Alia exempla afferuntur

Et examinatur.

Si *clauſula ſalutaris* adiecta, quae id operatur, vt iudex id eligere queat, quod iuri conueniens eſt. Verum quod in prioribus duobus caſibus propter alternationem lis non adeo moueatur, vel haec ratio eſſe poteſt, quia in his ſummarie proceditur, nec libellus ſolennis deſideratur, proinde hoc ipſum non ad duas ſolummodo cauſſas reſtringendum, ſed generatim cauſſis ſummariis omnibus adplicandum, in quibus qualisqualis petitio ſufficit. *Clem. Saepe. de Verb. Sign.* Vltimus caſus vero plane deſtruit regulam, quam alia de cauſſa iam deſtruximus, quia nullus fere hodie libellus, iudici porrigitur; cui haec deſit clauſula. Addunt adhuc alii duos caſus, ſi de conſuetudine alternatiuus libellus admittitur, vt &, ſi contra eum exceptio inepti libelli non fuerit oppoſita. Verum ſicuti de conſuetudine particulari hic non ſumus ſoliciti, cuius ſpeciales rationes eſſent diſcutiendae, ita poſterior quoque caſus negligi debuit, quia iudex illum defectum ex officio, ſi vel maxime exceptio haec a reo fuerit neglecta, quatenus incertitudinem indiſſolubilem inducit, attendere debet.

FINIS.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE



Digitized by Google

COROLLARIA.

I.

CLauſula ſalutaris, libellis adiici ſolita, ſolido fundamento deſtituitur, & imperite herba betonica dicitur.

II.

Cumulatio actionum, in eodem libello facta, in iure ciuili non eſt fundata, ſed Pontificum imperitia in praxin deducta.

III.

Ius Canonicum formulas & ſubtilitates libellorum, quas in praxi deſiderare & obſeruare ſolent, introduxit.

IV.

Libellus poſt litem conteſtatam mutari nequit.

V.

Non mutat libellum, qui in termino repetitioni libelli iuramentum annectit.

VI.

In libello nomen actionis non exprimendum.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA

VII.

VII.

Etiam in proceſſu ſummario libellus deſideratur.

VIII.

Non tamen ſimpliciter eſt de ſubſtantia omnis iudicii.

IX.

Sententia in matrimonialibus indiſtincte in rem iudicatam tranſit.

X.

Sola inuocatio Dei in teſtem non conſtituit iuramentum.

XI.

Iuramentum, actui nullo adiectum, de iure ciuili nihil roboris habet, quod ius canonicum imprudenter correxit.

XII.

In matrimonialibus poſitiones cum iuramento dandorum & reſpondendorum admittuntur.

